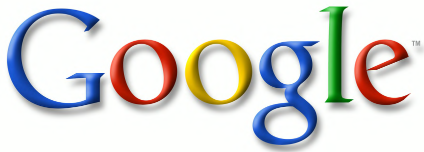
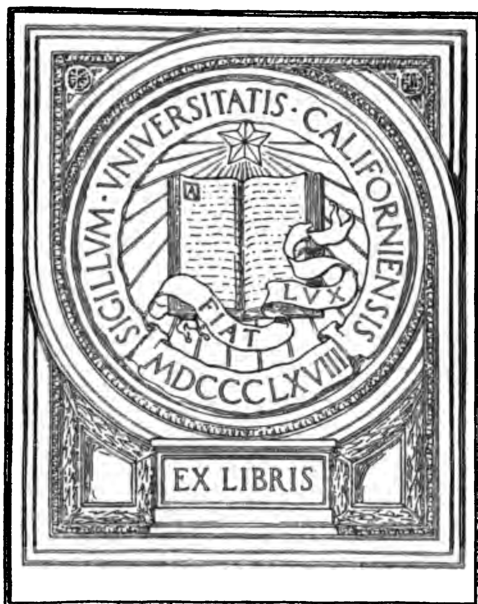



SIGILLVM · VNIVERSITATIS · CALIFORNIENSIS
FIAT LVX
MDCCCLXVIII
EX LIBRIS

Gerüfte und Marktkauf

in Beziehung zur Fahrnisverfolgung

von

Dr. Alfred Schultze

Professor der Rechte in Freiburg i. Br.

Sonder-Abdruck

aus

„Festgabe für Felix Dahn zu seinem fünfzigjährigen Doktorjubiläum
gewidmet von gegenwärtigen und früheren Angehörigen
der Breslauer juristischen Fakultät"

I. Teil (Deutsche Rechtsgeschichte)

Breslau

Verlag von M. & H. Marcus

1905

Gerüfte und Marktkauf

in Beziehung zur Fahrnisverfolgung

von

Dr. Alfred Schultze

Professor der Rechte in Freiburg i. Br.



Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1905

Sonder-Abdruck

aus „**Festgabe für Felix Dahn**“

I. Teil

I.

Für die tiefere Ergründung des deutschen Fahrnisrechtes bedeutet die Publizitätstheorie, die Eugen Huber[1]) entwickelt, Otto Gierke[2]) aufgenommen und Herbert Meyer[3]) in verschiedenen Richtungen näher ausgeführt und belegt hat, einen grossen Fortschritt. Danach ist Publizitätsform die Gewere, und zwar hier in Gestalt der im Haben, in der Innehabung sich äussernden Herrschaft. Sie bringt das dingliche Recht an der Fahrnissache zum sinnlichen Ausdruck, macht es allgemein erkennbar, kundbar, offenkundig und muss erfüllt sein, damit das Recht seine volle Geltung und Wirksamkeit bewähren kann[4]). Der Verlust der Gewere hat deshalb für den Berechtigten eine Beschränkung der Wirksamkeit seines dinglichen Rechtes zur Folge. Daraus erklärt sich der Satz: Wer die Sache aus seiner Gewere gibt, ohne doch sein Recht daran ganz aufzugeben, also unter Rückfallsgeding, der nimmt seinem Recht die Publizitätsform und damit die Verfolgbarkeit gegen Dritte; nur sein Vertragsgegner, der durch das Rückfallsgeding sich dem dinglichen Recht unterworfen hat, — der Vertrauensmann — ebenso der Erbe desselben und bei Erbenlosigkeit der Richter,

---

[1]) Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht (1894).

[2]) Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht (1897) S. 2 ff., 11 f. und in der Holtzendorff-Kohlerschen Encyklopädie (1904) I S. 481 ff., 520.

[3]) Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht (1902) und Neuere Satzung von Fahrnis und Schiffen (1903).

[4]) Vgl. auch v. Zallinger, Wesen und Ursprung des Formalismus im altdeutschen Privatrecht (Vortrag 1898) S. 6 ff., besonders S. 8 f., 11 f.; Stutz in Zeitschr. der Sav.-Stift. 20, Germ. Abt. S. 329; meine Schriften über die Langobardische Treuhand (Gierke, Unters. Heft 49) S. 93 ff. und Treuhänder im geltenden bürgerl. Recht (auch Iherings Jahrb. 43) S. 16 f.

ferner der Richter, der unter dem Vertrauensmann konfisziert hat, und nach manchen Rechten der Gläubiger, der gegen ihn gepfändet hat [5]), muss dieses Geding und das Recht, dem es dient, gegen sich wirken lassen; alle anderen (alle Dritten) werden davon, weil es nunmehr der Publizität, der allgemeinen Erkennbarkeit ermangelt, nicht erreicht (Hand wahre Hand). Die Folgerungen dieses Satzes sind:

1. Wird dem Vertrauensmann die Sache entwendet, so hat nur dieser, nicht aber, wer ihm die Gewere anvertraute, die Entwendungsklage auf Rückgabe und Diebstahlsbusse. Dies wird schon in den älteren Volksrechten bestimmt (leges Eurici fr. 280, lex Visigoth. V 5, 3, lex Baiuw. XV 4, vor allem Liutpr. 131) und während des ganzen Mittelalters festgehalten [6]).

2. Veräussert oder verpfändet der Vertrauensmann unbefugt die Sache, so kann sie dem Erwerber oder Pfandnehmer oder späteren Nachmännern nicht abgefordert werden; derjenige, welcher früher die Gewere dem Vertrauensmann gab, kann sich vielmehr in solchem Falle nur an diesem letzteren erholen.

---

[5]) Vgl. Sachsensp. II 60 § 2 und II 31 § 3; dazu Laband, Vermögensrechtl. Klagen S. 85—89 und Gierke, Encyklopädie S. 520.

[6]) Vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgesch. II S. 509; Schröder, Deutsche Rechtsgesch. (4. Aufl.) § 37 [100] u. § 61 [8]; H. Meyer, Entwerung S. 30f., 52ff. Die scheinbar abweichende l. Alamann. V liegt in anderem Bereich: Asylrecht für „infra ianuas ecclesiae" aufbewahrte Sachen (vgl. l. IV). Die in sich unklare Stelle der Goslarer Statuten bei Göschen S. 88 Z. 22 und S. 99 Z. 5 zwingt keinesfalls zu der von Laband, Vermögensrechtl. Klagen S. 84 und Heusler, Institut. II S. 214 gegebenen Auslegung, dass der Deponent zur Einklagung der dem Depositar entwendeten Sache berufen sei, sondern lässt die ihr im Jahrhundert ihrer Abfassung durch das Rechtsbuch nach Distinktionen IV 42 d. 6 ausdrücklich beigefügte Interpretation, die mit dem oben im Text formulierten Satze im Einklang steht, auch heute noch zu (vgl. H. Meyer S. 53). Auch Schwabenspiegel Lassb. 230 beharrt in erster Linie noch bei diesem Satz, bewilligt aber bereits subsidiär, nämlich für den Fall des Todes des Vertrauensmannes (und nach einer Handschriften-Variante auch, wenn er „von der Klage entweicht"), dem Eigentümer die Klage — ein erster Ansatz eines Abschwenkens (vgl. darüber v. Meibom, Pfandrecht S. 67ff.). Ein grundsätzliches Verlassen der alten Regel sehe ich im Gegensatz zu H. Meyer S. 52 in dem Ostfriesischen Landrecht (um 1515) I c. 101, 3 (Ausg. v. Wicht S. 212); aber hier ist römischer Einfluss wenigstens nicht ausgeschlossen, da dieses Landrecht römisches Recht mit dem heimischen verbinden will (Stobbe, Deutsche Rechtsquellen II S. 346).

Dies ist freilich noch nicht in den Volksrechten ausdrücklich ausgesprochen. Es ergibt sich aber für diese mittelbar daraus, dass sie bei Unterschlagung geliehener und anvertrauter Sachen dem Beschädigten nicht die Anefangsklage eröffnen[7]).

Auch das westgotische Recht dürfte kaum die ihm von Brunner[8]) zugesprochene Sonderstellung in dieser Frage — Klage des Eigentümers gegen jeden Besitzer der durch inlicita venditio seitens des Vertrauensmannes in dritte Hand gebrachten Sache — eingenommen haben. Denn die hierfür angezogene „de his, qui aliena vendere vel donare presumserint" überschriebene Stelle, lex Visigoth. V 4, 8, trägt, wie Dahn[9]) richtig erkannt hat, das Gepräge des Liegenschaftsrechtes. In ihrer ursprünglichen Fassung, wie sie in leges Eurici fr. 289 und in der hieraus fast wörtlich entlehnten lex Baiuw. XVI 4 vorliegt, also ohne den letzten, erst der Reccesvindiana angehörenden Satz, bezog sie sich überhaupt nur auf Liegenschaften[10]). Jener spätere Zusatz aber: „Similis scilicet et

[7]) So Brunner a. a. O. S. 510. [8]) a. a. O.

[9]) Westgotische Studien S. 103[5].

[10]) Dies ergibt sich aus der Bestimmung, dass der Verkäufer dem Käufer der evinzierten Sache auch das, was er zu deren Nutzen „adiecerit", was er „laborasse cognoscitur", nach der Schätzung der „locorum iudices" ersetzen müsse, was auch mit der nur von Liegenschaften handelnden lex 116 Liutpr. („damnum ei restituat, quantum adpretiatus fuerit, quod ibidem postea laboravit vel edificavit") und mit den Gewährschaftsklauseln der Grundstückstraditionsurkunden der fränkischen Zeit übereinstimmt (vgl. z. B. Marculfi formul. II Nr. 19 ed. Zeumer p. 89: „. . si . . aut me male vindedisse convincerit, et a me . . . defensatum non fuerit, tunc inferamus vobis . . . dupla pecuniam, quantum a vobis accipi, et ipsa villa meliorata valuerit", und Marini, papiri diplomatici Nr. 114: „et rei quoque meliorate instructe aedificateque taxatione habeta", auch Rabel, Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte I S. 148 f., 293). Ferner ist die Stelle so von den späteren Redaktoren verstanden worden, vgl. den oben zitierten Zusatz der Reccesvindiana und die Hinzufügung der Ervigiana zum ersten Satz: „et penam, quam scriptura continet impleturus". (Strafklauseln der Traditionsurkunden!) Dass der Ausdruck „res" sehr häufig auch in Beschränkung auf Liegenschaften vorkommt, ist bekannt (Schröder, Dtsch. RG.[4] § 35[22]). Die interessante Narbonnenser Gerichtsurkunde von 862 (Devic et Vaissette, Histoire de Languedoc, Nouv. édition II col. 331 nr. 161, Lörsch-Schröder, Urk.[2] nr. 64, dazu Heusler, Gewere S. 35) über einen Prozess wegen Liegenschaftsentwerung, in dem der Beklagte Bruch an seinem Gewähren

de mancipiis vel omnibus rebus adque brutis animalibus ordo servetur" lässt in seiner Unbestimmtheit die Möglichkeit offen, dass seine Verfasser lediglich, was nach der Überschrift im Vordergrund stand, die Verpflichtungen des unlauteren Verkäufers, nämlich zum Doppelersatz an den Eigentümer und zur Erhaltung der wirtschaftlichen Unversehrtheit des Käufers [11]), nicht aber auch die ja nur implicite geregelte Herausgabepflicht des Käufers gegen den Eigentümer, auf Sklaven und fahrende Habe in Anwendung bringen wollten [12]). Mag dem sein, wie ihm wolle: jedenfalls darf man danach nicht auf eine abweichende fahrnisrechtliche Grundanschauung des westgotischen Rechtes im Verhältnis zum obigen Satz 2 schliessen, um so weniger, als der Satz 1 daselbst bezeugt ist.

Zweifelhafter erscheint das Verhältnis der viel behandelten [13]) bayerischen firmatio zu unserem Satz (oben 2) in Gemässheit der lex Baiuwariorum XVI 11 ff. Denn es ist dort in c. 12 unterstellt, dass der beklagte Käufer, wenn ihm Bruch an dem Gewähren wird, die Sache dem Evinzenten herausgeben muss, und vorgeschrieben, dass ihm dafür der sein Firmationsversprechen brechende Gewähre den Kaufpreis zurückgeben und ausserdem noch — zur Strafe — eine der Kaufsache gleichwertige Sache

---

erleidet und deshalb unterliegt und das gegen ihn auf „revestire" gerichtete Urteil ausdrücklich durch die ihrem vollen Wortlaut nach bis auf den Zusatz „Similis scilicet . . ." eingerückte l. Visig. V 4, 8 gestützt wird, belegt, dass man auch damals noch in den Gerichten diesen, aus den leges Eurici stammenden, Teil der Gesetzesstelle auf Liegenschaften anwandte.

[11]) Die Wandlung des „nullum domino praeiudicium" der leges Eurici in das nullum emtori preiudicium" der Reccesvindiana könnte vielleicht sogar auf die Absicht einer Anpassung an den fahrnisrechtlichen Hand-wahre-Hand-Gedanken gedeutet werden.

[12]) An eine Beschränkung auf gestohlene Sachen, die H. Meyer S. 36 ff. gegen Brunner — gleichfalls unter Verkennung der liegenschaftlichen Herkunft der Stelle — verficht, werden sie dabei wohl kaum gedacht haben, andererseits wohl auch nicht an eine Beschränkung auf nicht gestohlene Sachen, wie Brunner will. Der oben in Anm. 10 erwähnte Liegenschaftsprozess betrifft gerade einen Fall der Entwerung des Eigentümers.

[13]) Siegel, Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens I S. 259 ff.; Merkel, Zeitschr. f. RG. 2 S. 109 ff.; R. Löning, Vertragsbruch I S. 109 ff.; London, Anefangsklage S. 416 ff.; Brunner a. a. O. S. 510 f.; Hübner, Immobiliarprozess der fränk. Zeit S. 115 ff.; H. Meyer, Entwerung S. 39 ff.

leisten soll. Zwar ist auch hier die Vorschrift keine lediglich fahrnisrechtliche, sondern sie gilt gleichmässig für Liegenschaften und Fahrnis („talem terram aut speciem, qualem se firmare pollicebat, restituat sine mora")[14]. Aber sie ist doch, wie der enge Anschluss an das die mancipia und ornamenta behandelnde cap. 11 beweist, auch auf Fahrnis ausdrücklich zugeschnitten. Dagegen möchte ich mit anderen[15] gegen Brunner[16] annehmen, dass sie, soweit sie Fahrnis betrifft, in den Bereich der Klage aus dieblichem Verlust gehört. Dafür spricht einmal der uns auch hier, wie beim Anefang der anderen Volksrechte, entgegentretende Gewährenzug; es liegt wirklich ein solcher vor, denn der Gewähre (der venditor) muss den Prozess mit dem Evinzenten weiterführen (c. 11 i. f. und App. IV), und der Schub geht, was Merkel[17] und Löning[18] mit Recht aus der in c. 11 bzw. 14 für den Gewähren allein zugelassenen Art der Verteidigung (Berufung auf originären oder erbschaftlichen Erwerb) folgern, die Reihe durch von einem Gewähren zum anderen. Zweitens würde es sonst in der lex Baiuwariorum ganz an einer den Gewährenzug beim Diebstahl regelnden Stelle fehlen[19]. Endlich dürfte bei Sklaven, die in c. 11 und 14 ein

[14]) Die das Firmationsverfahren schildernde Stelle, lex Baiuw. App. IV, hat in erster Linie Liegenschaften im Auge.

[15]) London, namentlich H. Meyer, wohl auch Merkel S. 116f.

[16]) S. 510f., besonders N. 101. Das hier aus der Begründung in c. 12: „eo quod valde reprehensibilis est res alterius dare etc." entnommene Argument, (so könne man von dem Verkäufer, der selbst gestohlen hat, doch nicht sprechen!) erscheint mir an sich nicht recht beweiskräftig, wird aber weiter dadurch abgeschwächt, dass diese Begründung ja nicht bloss für Fahrnis, sondern auch für Liegenschaften gilt, und zwar sicher auch für den Fall der Liegenschaftsentwerung (vgl. Meichelbeck, Hist. Frising. I nr. 530 und dazu Löning S. 113f., Brunner S. 517[26], auch oben Anm. 10).

[17]) S. 116f.

[18]) S. 111f.

[19]) Auch Decreta Tassilonis Niuh. c. 13 (M. G. Leges III p. 467) spricht nur vom Widerstand des Diebes gegen die manus immissio, hantalôd (Brunner a. a. O. S. 498[24]). Ich nehme daher auch nicht mit H. Meyer (S. 41 f.) ein Nebeneinander der Klage mit hantalôd und der in c. 11, 12 cit. geregelten Klage an. Brunner selbst stellt an anderer Stelle (S. 516) wo er dasselbe, hier in Frage stehende bayerische Firmationsverfahren in Anwendung auf Liegenschaften behandelt, dieses Verfahren in Parallele zum Anefangsverfahren bei Mobilien.

Hauptbeispiel bilden, kaum an einen anderen Fall, als den des aus eigenem Antrieb flüchtigen oder des auf Anraten flüchtigen, d. h. gestohlenen (l. Baiu. I 4, XIII 9, vgl. l. Visig. VII 3, 1) Sklaven, also an den Fall der Entwerung, zu denken sein; Verleihen oder Anvertrauen eines Sklaven wird kaum vorgekommen sein, wird auch in dem Titel „de commendatis et commodatis" (l. Baiu. XV, vgl. l. Visig. V 5) nicht erwähnt. Folgt man dieser Ansicht, so kann man auch in der fraglichen Stelle des bayerischen Rechtes keine Ausschliessung des Hand-wahre-Hand-Gedankens in seiner Richtung auf unbefugte Veräusserungen des Vertrauensmannes erblicken. Überdies ist unter allen Umständen zu bedenken, dass derselbe Gedanke in seiner anderen Richtung (Diebstahl beim Vertrauensmann) ja gerade durch die lex Baiuw. (vgl. oben Ziffer 1) mit voller Klarheit belegt ist und dass auch unser c. 12 wieder ausdrücklich und in erster Linie nur die Gewährschaftspflicht des Verkäufers, also sein Verhältnis zum Käufer, nicht aber die Beziehung des letzteren zum Eigentümer regeln will.

Man kann daher mindestens sagen: In den Volksrechten liegt kein sicheres Zeugnis gegen unseren Satz 2 vor. Wenn ihn dann nun die Folgezeit, die eher auf eine Ausdehnung der Fahrnisklage[20]) bedacht ist, allenthalben aufs deutlichste zum Vorschein bringt, z. B. im alten Recht von Wales (10. Jahrh.)[21]), wie im Stadtrecht von Freiburg i. Br. aus dem 12. Jahrhundert[22]) und in den ihm verwandten Stadtrechten[23]), in der bekannten

[20]) Vgl. unten II am Anf.

[21]) Vgl. hierzu H. Meyer, Entwerung S. 31 ff. und namentlich die Begründung der betreffenden Stelle nach der englischen Übersetzung Owen's (Ancient laws and institutes of Wales 1841 S. 121): es könne der Eigentümer in den Fällen von „theft, loss by negligence, surreption" im Gegensatz zu den Fällen von „deposit and loan, hire, favour" seine Sachen allen Ortes vindizieren, „because they were not received by another hand from his hand".

[22]) c. 29 (Keutgen, Urkunden zur Geschichte der Stadtverfassung S. 121): „Nemo rem sibi quoquo modo sublatam vendicare potest nisi iuramento probaverit sibi furto vel preda ablatam", noch schärfer c. 58 des Stadtrodels aus der Mitte des 13. Jahrh. (Gaupp, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters II S. 36): „repetere vel sibi vendicare audeat").

[23]) Insbesondere in dem von Burgdorf in der Schweiz art. 186 (Gaupp, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters II S. 140 f.).

Stelle des Sachsenspiegels (II 60) und den von ihm abhängigen Rechten[24]), wie im Schwabenspiegel (Lassb. c. 222)[25]) und im Münchener Stadtrecht von 1347[26]), wie im französischen coutumiären Recht des 13. Jahrhunderts[27]) und im altnorwegischen Recht[28]), so kann an seinem ursprünglichen und gemeingermanischen Charakter, wie dies auch die fast allgemeine Ansicht ist, kein Zweifel sein[29]).

Seine besondere Stärke und namentlich auch seine Abstammung vom Publizitätsgedanken beweist der Satz aber durch die eigentümliche Behandlung der neueren Satzung an Fahrnis im späteren Mittelalter, worüber uns neuestens H. Meyer[30]) höchst verdienstliche Aufschlüsse gegeben hat. Die von ihm gefundenen Belege haben wegen ihrer Zahl und wegen der weiten Abstände ihrer Herkunftsorte (isländisches und norwegisches Recht, lübisches Recht, Frankfurt, Schweiz) eine grosse Beweiskraft. Danach kann ein Pfandrecht an einer Fahrnissache auch ohne

---

[24]) Vgl. z. B. die Zitate bei Laband, Vermögensrechtl. Klagen S. 120[3].

[25]) mit besonders scharfer Prägung vom Standpunkt des Dritterwerbers. Vgl. Meibom, Pfandrecht S. 65 f.

[26]) cap. 177, Ausg. Auer S. 69.

[27]) in voller Schärfe ausgesprochen in der von Sohm, Prozess der lex Salica S. 60, angezogenen Stelle aus dem Conseil des Pierre de Fontaines XII 3 (éd. Marnier p. 68). Vgl. auch Jobbé-Duval in Nouv. Rev. hist. 4 S. 564 f.

[28]) nach dem Zeugnis v. Amira's im Grundriss [2] S. 126[2].

[29]) Nur sehr vereinzelt lassen sich Abweichungen für die spätere Zeit feststellen. Hierher gehört die oben Anm. 6 bereits angezogene Stelle aus den Goslarer Statuten, die in bezug auf den Fall der Veruntreuung des Verwahrers kaum anders als im Sinne eines Klagerechtes des Hinterlegers gegen den Dritterwerber verstanden werden kann. Damit im Einklang ist der Goslarer Schöffenspruch aus dem 15. Jahrh. bei Lörsch-Schröder, Urk. [2] nr. 321 (Klage des Generalpfandgläubigers gegen Dritte, die später vom Schuldner gekauft haben), wie Gothaisches Stadtrecht 42 bei Ortloff, Sammlung deutscher Rechtsquellen II S. 325 (Klagerecht des ersten Pfandgläubigers, der die Sache in der Gewere des Schuldners belassen hat, gegen den zweiten Pfandgläubiger, der die Gewere erhalten hat). Dazu Meyer, Entwerung S. 53 und Neuere Satzung von Fahrnis S. 18 und 107. Ebenso kann nach der Nordhäuser Oberhofsentscheidung bei Lörsch-Schröder, Urk. [2] nr. 251 bei Leihe aus Freundschaft der Verleiher gegen den Gläubiger des Entleihers, der später die Sache zum Pfande bekommen hat, vorgehen (Meyer, Entwerung S. 54).

[30]) Neuere Satzung von Fahrnis.

Übertragung der Gewere bestellt werden. Damit aber dieses Pfandrecht gegen Dritte wirke, muss die dem Pfandgläubiger mangelnde Gewere durch etwas anderes ersetzt werden. Dieses andere ist ein formales Element, das seiner Beschaffenheit nach deutlich auf Publizität, allgemeine Erkennbarkeit des Pfandrechtes gerichtet ist, eine Publizitätsform, nämlich: Vornahme des Aktes vor Zeugen oder vor dem Stadtrat oder vor dem Gericht oder Eintragung in ein öffentliches Buch (Stadtbuch) — also eine Form von der Art derjenigen, die allmählich im Liegenschaftsrecht die reale Gewere als Publizitätsform abgelöst hatten. Aber das Mass der Wirksamkeit ist nicht überall das gleiche, zuweilen ein Vollmass, so dass vor dem Pfandrecht spätere Veräusserungen oder Verpfändungen des Schuldners nicht zu Recht bestehen können, meist ein beschränktes, dies besonders im lübischen Recht, das Meyer am eingehendsten behandelt[31]). Gerade diese beschränkte Wirksamkeit und ihr Inhalt ist für uns bezeichnend. Getroffen werden nämlich spätere Pfandbestellungen, welche die Sache an dem bisherigen, bei der Bestellung kundbar gemachten Aufbewahrungsorte beim Schuldner belassen; Ansprüche daraus können vom erstberechtigten Pfandgläubiger kraft der Publizität seines Rechtes zurückgewiesen werden. Dagegen ist sein Recht gegenüber Verpfändungen oder Veräusserungen des Schuldners machtlos, welche die Sache in die Hand des daraus berechtigten Pfandnehmers oder Erwerbers bringen; einem solchen kann er sie nicht mehr abgewinnen. Hier siegt die aus der Publizitätsnatur der Gewere abgeleitete Regel „Hand muss Hand wahren" — für den Schuldner ist die ihm vom Pfandgläubiger belassene Pfandsache eine „anvertraute" Sache — über jenes Publizitätssurrogat. Nichts vermag besser die Kraft jener Regel und die Publizitätsfunktion der Fahrnisgewere darzutun[32]).

Einen Angriff hat die Publizitätstheorie jüngst von seiten Adolf Zycha's erfahren in einer aus Anlass einer Kritik des Schweizerischen Zivilgesetz-Entwurfs gegebenen historischen Skizze[33]), deren nähere Ausführung und Begründung er für

[31]) Neuere Satzung S. 29ff., 76ff.

[32]) H. Meyer S. 134.

[33]) Zeitschrift für Schweizerisches Recht 44 S. 74ff. (1903).

eine künftige selbständige Schrift in Aussicht stellt[34]). Er sieht das für die deutschrechtliche Beschränkung der Fahrnisverfolgung von Anfang an grundlegende Element in der Wirkung des redlichen Erwerbs. Das bisherige Eigentum gehe unter, wenn ein anderer die Sache redlich erwerbe, und infolge dieses Erwerbes des anderen. Während dies bei gestohlenen Sachen durch ein anderes, gegenwirkendes Element (darüber unten III) eine frühe Trübung erlitten habe, sei es gerade bei anvertrauten Sachen, wo eine solche Gegenwirkung gefehlt habe, andauernd festgehalten worden. Deshalb sei hier der bisherige Eigentümer gegenüber redlichem Dritterwerb machtlos gewesen. Dagegen habe er, jenem Grundgedanken gemäss, „den vom Vertrauensmann erwerbenden fraudis conscius, den mit der treulosen Hand Einverstandenen", also den unredlichen Erwerber der anvertrauten Sache auf Herausgabe beklagen können; „die Meinung, dass ein solcher unverfolgbar gewesen sei, sei nicht erweislich"[35]). Für seine eigene, früher schon von Goldschmidt[36]) vertretene und von

[34]) S. 105.

[35]) S. 113[79], 114[82].

[36]) Zeitschr. f. Handelsr. 8 S. 256 ff. Goldschmidt sagt hier: Der Vindikation anvertrauten Gutes gegenüber habe der beklagte Dritterwerber sich über seinen titulierten und rechtmässigen Erwerb ausweisen müssen, „und dabei möge auch das nicht weiter unterschiedene Moment der Redlichkeit in einer nur nicht näher nachweisbaren Art in Betracht gekommen sein". Und zwar habe er, wenn der Kläger die Sache als eine gestohlene in Anspruch genommen habe, sich auf seinen Gewähren ziehen müssen, und erst dieser habe durch den Nachweis, dass er sie vom Kläger anvertraut erhalten habe, die Zurückweisung der Klage herbeiführen können. Wenn der Kläger aber „sich einfach auf sein Eigentum berufen" habe, sei es Sache des Beklagten gewesen, seinerseits Erwerb von einem anderen darzutun, an den der Kläger freiwillig die Gewere aufgegeben habe.

Was nun den ersten Fall anlangt, so sei dahingestellt, ob nicht der Beklagte schon durch den Nachweis, dass Kläger die Sache freiwillig einem anderen gegeben habe, ohne die Art seines eigenen Erwerbs klarzulegen, die Klage zurückschlagen konnte (so Laband, Vermögensrechtl. Klagen S. 119 f., anders Planck, Gerichtsverfahren II S. 417). Jedenfalls brauchte er, falls er den Gewährenzug wählte, nur zu sagen, „es sei ihm die Sache gegeben oder er habe sie gekauft, und seinen Gewähren zu benennen" (Ssp. II 36 § 5). Der Zusatz im Richtsteig Landrechts 13 § 2: „have gekoft rechtliken unde redeliken" bedeutet „vernünftig, ordentlich, rechtmässig" (vgl. das Glossar

diesem mit Unrecht auf die Grundsätze des deutschen Beweisrechts gestützte Meinung ist uns Zycha aber jeden Beleg schuldig geblieben. Dagegen reden die den Hand-wahre-Hand-Gedanken ausdrückenden Quellenstellen (vgl. oben Anm. 21 ff.), wenn sie gegen den Dritterwerber keine andere Klage, als die aus dieblichem Verlust, zulassen oder dem Anvertrauenden eine Klage einzig und allein gegen den Vertrauensmann einräumen, zugunsten der herrschenden Ansicht eine deutliche Sprache. Nirgends tritt, soweit ich es übersehe, in ihnen [37]) eine Unterscheidung zwischen dem „sciens" und dem „nesciens" hervor [38]),

---

Homeyers in seiner Ausgabe und Schiller u. Lübben, Mittelniederdeutsches Wörterbuch), also nicht bona fide (nicht korrekt Meyer, Entwerung S. 294), bezieht sich mithin auf die Rechtmässigkeit des Kaufgeschäfts, so wie heute nach § 932 des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs die Veräusserung, ganz abgesehen von der Gutgläubigkeit des Erwerbers in der Eigentumsfrage, eine rechtmässige sein muss. Die Frage der Redlichkeit im Sinne der Unkenntnis der Unterschlagung kam nicht zur Erörterung, der Beklagte brauchte, was die Hauptsache ist, sich nicht etwa noch durch einen Eid von dem Vorwurf der Unredlichkeit, der Kenntnis zu reinigen, geschweige denn, dass er bei Nichtleistung des Eides die Sache hätte ohne weiteres an den Kläger herausgeben müssen. Trat der Gewähre, wie es im gesetzten Falle seine Pflicht war (Ssp. III 83 § 3), in den Prozess ein, so kam es überhaupt nicht zu einem Eid des Beklagten (Ssp. II 36 § 5). Vgl. auch unten III Ziff. 1.

Was den zweiten Fall anlangt, so sei dahingestellt, ob nicht der Kläger seine schlichte Klage nach Feststellung der Identität der angesprochenen Sache dem den Anspruch verneinenden Beklagten gegenüber sofort seinerseits dahin substanziieren musste, dass er die Sache dem Beklagten anvertraut habe (und dieser rückgabepflichtig sei), wobei dann der Beklagte sich einfach leugnend verhalten konnte (Ssp. I 15 § 1), ohne sich irgendwie über seinen Erwerb auslassen zu müssen (so Laband S. 133 ff., dagegen Planck II S. 418 mit I S. 378 f.). Mindestens genügte es für den Beklagten, zu behaupten, dass er die Sache aus der Hand des und des anderen erhalten habe, und dies durch Zeugeneid desselben (Ssp. I 15 § 1) oder nach manchen Stadtrechten sogar durch eigenen blossen Eineid zu beweisen (Laband S. 143 f., Planck II S. 421 f.). Von einer Erörterung seiner Kenntnis oder Unkenntnis der fraus seines Gewähren oder gar von einem Unschuldseid in dieser Richtung, von dessen Leistung die Klageabweisung abgehangen hätte, ist hier erst recht keine Rede.

[37]) auch nicht in l. Visig. V 4, 8 u. lex Baiu. XVI 12, wenn man sie im Brunner'schen Sinne auf anvertraute Sachen bezieht (oben Anm. 8 ff. und 13 ff.).

[38]) Sie gehört bei den anvertrauten Sachen erst der Zeit nach der Re-

während diese Unterscheidung bei der Regelung der Klage aus dieblichem Verlust, insbesondere in bezug auf den Kauf vom Unbekannten, schon von den Volksrechten an, eine bedeutende, die weitere Entwickelung stark beeinflussende Rolle spielt (darüber unten III). Weiter ist uns ja aber in unseren Quellen, und zwar schon in den ältesten Volksrechten, von einer Art unredlichen Erlangens einer anvertrauten Sache auf das zweifelloseste bezeugt, dass sie den Erlangenden nicht in den Klagebereich des Anvertrauenden bringt, nämlich vom Diebstahl beim Vertrauensmann. Nur dieser letztere kann die Sache gegen den Dieb verfolgen[39]) (oben Ziff. 1). Das ist ein

---

zeption an. Dabei spielen das Durchdringen des römischen Furtivitätsbegriffes in Deutschland und der Gedanke des Verkehrsschutzes ein. Vgl. Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. 8 S. 264 ff.; Stobbe-Lehmann 3. Aufl., II 1 § 93[2]; Huber, Schweiz. Privatrecht IV S. 746 ff.; H. Meyer, Entwerung S. 281 ff., 299[18 u. 19], und jetzt die interessanten Ausführungen Wellspacher's, Publizitätsgedanke und Fahrnisklagen im Usus modernus in Grünhuts Zeitschr. 31 (1904) S. 642[35], 669, 671.

[39]) Freilich will Planck, Gerichtsverf. II S. 423 f. aus der Gestaltung des sächsischen Prozesses (Sachsensp. u. Richtsteig Landrechts) folgern, dass hier gegen den Dieb selbst und seine unredlichen Nachmänner auch der Anvertrauende habe erfolgreich klagen können (im Widerspruch mit seinen früheren Ausführungen in Zeitschr. f. dtsch. Recht 10 S. 267 und auch in gewissem Widerspruch mit Gerichtsverfahren I S. 837). Denn der Dieb habe, weil er als Beklagter habe erklären müssen, wie er zum Besitz der Sache gekommen sei, kein prozessualisches Mittel in der Hand gehabt, die Herausgabe dem Kläger zu verweigern; Kläger habe sich auf Ssp. III 22 § 3 berufen können, wonach er seines verliehenen Gutes sich zu unterwinden berechtigt sei, wo immer er es sehe. Aber diese Auslegung der zitierten Stelle ist in jeder Hinsicht verfehlt. Einmal müsste sie folgerichtig zur Annahme einer Klagberechtigung auch gegen jeden redlichen Dritten führen, was natürlich mit Ssp. II 60 ganz unvereinbar wäre. Zweitens lässt sie den Nachsatz unberücksichtigt: „dat man ime mit unrechte vor unthalde over bescedene tiet", was man doch nur vom Vertrauensmann, mit dem die Rückgabezeit verabredet ist, und seinen Erben, keinesfalls aber vom Dieb sagen kann. (Die streitige Frage, ob das „underwinden svar he't süt" auf eine Klage mit oder ohne Anefang zu deuten — im ersten Sinne Homeyer, Richtsteig S. 441 f., Laband a. a. O. S. 103, Sohm, Prozess der lex Salica S. 71[15], dagegen Meyer, Entwerung S. 83 — kommt hier nicht in Betracht.) Drittens ist das prozessualische Bedenken Plancks zurückzuweisen. Selbst wenn es richtig ist, dass der vom Anvertrauenden beklagte Dieb sich nicht in dem oben Anm. 36 erörterten Sinne einfach leugnend verhalten konnte, sondern

Einwurf, den Zycha selbst als erheblich anerkennen muss. Er begegnet[40]) ihm mit dem Hinweis, dass der Vertrauensmann „als Korrelat der unbedingten Haftung“ [41]) gegenüber dem Vertrauensgeber das Recht, „die Position des Eigentums gegen jeden Dritten zu verfechten“, erhalten habe, eine Klage „im eigenen Interesse, aber allerdings nicht aus eigenem, sondern fremden Rechte“. Eine solche Auffassung hat die regelmässige Unzulässigkeit der Prozessstellvertretung gegen sich. Ferner bekommt der Vertrauensmann auf seine Klage ja nicht bloss die Sache, die er dem Vertrauensgeber zu restituieren hat, sondern auch noch die Diebstahlsbusse, die er nicht zu restituieren hat, diese also sicher aus eigenem Rechte, für seine eigene Tasche[42]), ohne das Gegenstück einer Haftung; soll man die Klagen auf Sach- und auf Strafverfolgung in bezug auf die Begründung der Aktivlegitimation hier trennen? Zycha scheint übrigens auch selbst mit seinem Hinweis auf die unbedingte Haftung

sich über die Art seines Erwerbs erklären musste, so brauchte doch keinesfalls seine nun etwa richtig dahin gegebene Erklärung, er habe die Sache bei einem anderen, als dem Kläger gestohlen, den Sieg des Klägers herbeizuführen, ebensowenig wie sonst, wenn der Dieb von einem anderen, als dem Bestohlenen auf Herausgabe beklagt wurde. Die herrschende Auslegung von Ssp. III 22 § 3 — Homeyer, Richtsteig S. 442; Laband a. a. O. S. 103; H. Meyer, Entw. S. 82 ff. — ist also durch Planck nicht erschüttert.

[40]) S. 114 verb. mit S. 111 ff.

[41]) Eine Korrelation nehme ich natürlich auch an. Ich stimme Heusler, Instit. II S. 264 f., durchaus zu, wenn er sagt: das Fehlen des Klagrechts des Deponenten gegen den Dieb „werde nur erträglich durch die unbedingte Haftpflicht des Vertrauensmanns gegenüber dem Anvertrauenden“. Vgl. auch Heusler, Die Beschränkung der Eigentumsverfolgung bei Fahrhabe, Festgabe für Homeyer S. 21 ff. und Gewere S. 494 f. Nur kann ich Zycha darin nicht folgen, dass die unbedingte Haftung der historische Grund für die Ausschliessung der sonst nach dem Zycha'schen Grundprinzip dem Eigentümer gegen den unredlichen Dritten gegebenen Klage hätte sein können; denn unbedingte, d. h. nicht durch Schuld bedingte, Haftung des Vertrauensmanns für den Diebstahlsschaden und Klagerecht des Eigentümers gegen den Dieb auf Sachherausgabe und Diebstahlsbusse, diese beiden hätten sich wohl miteinander vertragen. Könnte z. B. die in l. Vis. V 5, 3 u. l. Baiu. XV 5 bestimmte Haftung nicht ebenso gelten, wenn auch dem Eigentümer die Anefangsklage zugestanden wäre?

[42]) lex Baiu. XV 4: „commendatori res proprias tantummodo reformare praecuret; conpositio vero furti ad eum qui habuit commendata, pertineat“.

das Bedenken nicht als völlig abgetan zu betrachten, denn er meint weiter: „Immerhin kann eine Klage des Eigentümers in diesem Falle nicht völlig aus dem Gedankenkreise gelegen sein". Beleg ist ihm hierfür Liutpr. 131, wo wenigstens die Möglichkeit beider Klagen, der des Eigentümers und der des Vertrauensmannes, erörtert werde. Richtig ist, dass die Vorschrift erwägt, ob nicht Diebstahl gegen den Eigentümer und ausserdem Hausfriedensbruch gegen den Vertrauensmann vorliege. Aber das Entscheidende ist eben doch, dass die Antwort, mit dem westgotischen und dem bayerischen Recht übereinstimmend, dahin gegeben wird: es liege Diebstahl gegen den Vertrauensmann vor, und es sei nur wegen dieses einen Deliktes compositio zu zahlen, die dem Vertrauensmann gehöre, aus dessen Händen der Eigentümer auch erst die dem Dieb abgenommene Sache zu erhalten habe. Wenn dafür König Liutprand eine unser sachenrechtliches Thema nicht berührende Begründung gibt: „non possumus in unam causam duas calomnias imponere", so ist zu bedenken, dass er die ganze Frage vom Standpunkt des Diebes unter dem Thema der Verbrechenskonkurrenz[43]) behandelt. Die Anregung zu der Frage kann er sehr wohl aus römischen Rechtsanschauungen empfangen haben. Dies vermutet Brunner[44]) und scheint mir ein Hinweis auf Gaius, Inst. II, 205[45]), § 15 (17) Inst. 4, 1 noch wahrscheinlicher zu machen.

So hat die Grund-Auffassung Zycha's in den Quellen gar keine Stütze und ist ungeeignet, das Grundprinzip der Publizitätstheorie zu erschüttern[46]).

---

[43]) Schreuer, Verbrechenskonkurrenz in den Volksrechten (Gierke, Untersuchungen Heft 50) S. 60; Schröder, Dtsch. RG.[4] § 36[74].

[44]) a. a. O. II S. 509, vgl. über römische Einflüsse auf Liutprands Gesetzgebung Brunner I S. 371.

[45]) „Item si fullo polienda curandave . . . . vestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone . . . suum consequi possit". Man beachte die Gleichheit der Entscheidung.

[46]) Über einen wichtigen Punkt, in dem Zycha das Richtige trifft, unten II am Ende.

II.

Ich meine hiernach: Soweit in den germanischen Rechten die Fahrnisverfolgung gegen dritte Inhaber der Sache ausgeschlossen ist, wird dies durch den Publizitätsgedanken allseitig und unanfechtbar erklärt[47]). Der Verlust der Gewere als der Publizitätsform des dinglichen Rechts zieht die Beschränkung der Wirksamkeit des Rechtes nach sich.

Wie aber verhalten sich dazu die germanischen Rechtssätze, welche in einer Gruppe von Fällen trotz des Verlustes der Gewere die Verfolgung gegen dritte Inhaber gewähren? Es ist die Gruppe, die mit Diebstahl und Raub schon in den ältesten Quellen einsetzt und dann allmählich, und nicht überall gleichmässig, andere Fälle, namentlich die gefundenen und die sog. abgetragenen (d. h. von Gesinde und Hausgenossen veruntreuten) Sachen an sich zieht, um schliesslich im Gegenspiel zu den Fällen des Hand-wahre-Hand-Gedankens unter dem Begriff des unfreiwilligen Gewereverlustes sich abzurunden[48]). Huber[49]) — und H. Meyer[50]) folgt ihm, während Gierke, soviel ich sehe, sich in diesem

[47]) Ausser der Zycha'schen Eigentumserlangung durch redlichen Erwerb ist das Franken'sche „Detentionseigentum“ (Französ. Pfandrecht) schon aus den von Heusler, Beschränkung der Eigentumsverfolgung S. 7 und Instit. II S. 4 ff., ausgeführten Gründen abzulehnen. Die Heusler'sche Begründung mit dem Hinweis auf das Fehlen eines exekutivischen Titels (ex fide facta, ex re praestita) gegen den Dritten (Beschränkung der Eigentumsverfolgung S. 12 ff. u. Gewere S. 487 ff.) vermag, wie die daran stark anklingende Rechtfertigung Jobbé-Duval's (Nouv. rev. hist. de droit 4 S. 566 f.) mit dem Fehlen eines acte solennel oder eines fait matériel gegenüber dem Dritten als notwendiger formaler Grundlage für eine Rechtshilfe gegen den Dritten, mindestens für die Zeiten eines fortgeschritteneren Prozessverfahrens, in denen unser Satz gerade am vollsten zur Entfaltung kam, keine ausreichende Erklärung mehr zu bieten.

[48]) Laband a. a. O. S. 69 ff., H. Meyer, Entwerung S. 42 ff., 48 ff.

[49]) Gewere S. 12—15, 16 f., 60 („schon im älteren Recht“ — „die hervorgehobenen Gesichtspunkte treffen hier noch weit mehr zu und sind für die einfacheren Lebensverhältnisse der altgermanischen Genossenschaften noch überzeugender nachzuweisen, als für die spätere Zeit“), 61.

[50]) Entwerung S. 8 f., 13, 42 f., 48 f. Der Nachweis dieser Verwendung des Publizitätsgedankens bildet eins der Hauptziele des Buches (S. 2).

Punkt bisher nicht angeschlossen hat, — nimmt auch hier den Publizitätsgedanken zu Hilfe. Für das verlorengegangene Publizitätsmittel der Gewere sei bei Diebstahl und Raub als bei denjenigen Fällen der Gruppe, welche die ursprünglichen, lange Zeit allein bleibenden waren, auch späterhin neben den anderen überwiegend hervortraten und jedenfalls der ganzen Gruppe das Gepräge gaben, ein Publizitätssurrogat eingetreten. Hier sei es der Verlust der Sache wider Recht und Willen selbst, welcher offenkundig gewesen sei, die Sache mit einem offenkundigen „vitium" behaftet habe, und deshalb habe jeder Dritterwerber, auch der nesciens, weil er hätte wissen können und sollen, das dingliche Recht des Bestohlenen gegen sich wirken lassen müssen. Die Offenkundigkeit beruhe aber, so führt Huber (S. 13) aus, auf „den engen genossenschaftlichen Verhältnissen des Mittelalters", durch die „unter den Dorf- und Gerichtsgenossen ein Diebstahl oder ein Raub ohne weiteres bekannt geworden" sei[51]. „Dafür habe schon das Gerüfte[52]) gesorgt, ferner das eigene Interesse des Bestohlenen, der bei späterer Rückforderung mit Zeugen habe beschwören müssen, dass ihm die Sache entwendet worden sei". Die Offenkundigkeit sei freilich „nicht formal, aber tatsächlich in den allermeisten Fällen" gegeben gewesen. Die Fälle, in denen „jemand bestohlen worden, ohne es zu wissen, und des Verlustes erst inne geworden, wenn er den Gegenstand im Besitze eines Dritten gesehen habe, seien seltene Fälle gewesen, die auf die Ausbildung einer allgemeinen Rechtsüberzeugung um so weniger hätten von Einfluss sein können, als der Beweis des Verlustes wider Willen hier wohl oft gar nicht habe erbracht werden können und deshalb der Kläger habe abgewiesen werden müssen" (S. 17[30]). Auch „bei gefundenen Sachen habe eine gleiche Erwägung der aus den

---

[51]) H. Meyer S. 8: „die naturnotwendige Publizität des Verlustes fahrender Habe in Zeiten primitiver und wenig entwickelter Rechtsverhältnisse".

[52]) Vgl. dazu auch Huber S. 61 und N. 144. H. Meyer S. 9: „damit, und ursprünglich nur damit, ist die Publizität des Verlustes bzw. der handhaften Tat gesichert". Meyer beruft sich dabei nach dem Vorgang Huber's S. 13[22] auf Ssp. II 54 § 4.

Umständen für die Regel sich ergebenden Offenkundigkeit auf der Hand gelegen". „Beim Erwerb von Sachen aus fremden Kreisen aber habe sich der Erwerber auf einen fremden Gewähren verlassen und sich mit dem Umstand abzufinden gehabt", dass er von der Entwendung an fremdem Ort „keine Kunde erhalten hatte; er sei die Partei gewesen, die einem anderen den Glauben geschenkt habe, und nicht der Kläger", und habe „den Mangel der Gewere seines Vormannes gegen sich gelten lassen müssen" (S. 14).

Ist diese Verwendung des Publizitätsgedankens haltbar? Ist darin die richtige Erklärung für die Unterwerfung des dritten Inhabers unter das der Gewere darbende dingliche Recht des Bestohlenen gefunden und damit die — etwa neben anderen mitwirkenden Momenten[53]) — ausschlaggebende Ursache für die alte deutschrechtliche Trennung des gestohlenen vom anvertrauten Gut, später des unfreiwillig aus der Gewere verlorenen vom freiwillig aus der Gewere fortgegebenen Gut entdeckt? Die Frage ist von grösster Bedeutung für das Verständnis der Entwickelungsgeschichte wie für die Gewinnung des richtigen legislatorischen Standpunktes für die Gegenwart.

Denn das ist natürlich sofort klar: Jene Offenkundigkeit des Verlustes wider Recht und Willen ist schon seit langen Zeiten in Wahrheit nicht mehr vorhanden. Es fehlt also seit langem auch hier, wie regelmässig[54]) bei den anvertrauten Sachen, an einem Ersatz für das mit der Gewere bzw. dem Besitz verlorene Publizitätsmittel. H. Meyer selbst muss anerkennen (S. 42 f.):

> „nur im engsten Kreise der Markgenossen ist die wirkliche Kundbarkeit durch Gerüfte erreichbar. Bereits bei einer geringen Entwickelung des Handels und Verkehrs muss man sich mit einer präsumtiven Publizität begnügen, da nicht mehr alle Fälle von Diebstahl allen zu Ohren kommen werden; und bald ist diese Präsumtion

---

[53]) Huber selbst (S. 16) erachtet auch die Rücksichtnahme auf die exekutorische Beitreibung gestohlener Sachen — vgl. Heusler, Beschränkung der Eigentumsverfolgung S. 15 ff. und Gewere S. 490 ff. — für „sehr relevant".

[54]) Ausnahme bei der neueren Satzung (vgl. oben Text zu Anm. 30 ff.), heute insbes. beim Schiffspfand.

soweit erstarkt, dass man im einzelnen Falle gar nicht mehr fragt, ob denn das Gerüfte, das die Kundbarkeit erzeugen soll, auch stattgefunden hat. Man präsumiert einfach (!) jeden Verlust durch Raub und Diebstahl als public" [55]).

Und diesen Gedanken der bloss präsumtiven Publizität hat neuestens Wellspacher aufgegriffen [56]) in seiner (oben Anm. 38 zitierten) wertvollen Darstellung des Rechtes nach der Rezeption. Er hat ihn wiederzufinden geglaubt in der Diebstahlspräsumtion, welche der Usus modernus, an den Wortlaut der c. 2 und c. 5 Cod. de furtis 6, 2 anküpfend, bei der condictio furtiva wie bei der actio spolii gegen den beklagten Drittinhaber gelten liess [57]). Auch diese Diebstahlspräsumtion sei eine Wirkung der deutschrechtlichen Publizität des vitium furti. Nur sei sie, während sie im deutschen Recht gegen jeden Dritten unwiderlegbar, also als praesumtio juris et de jure, gewirkt habe, nach der Rezeption „in komplizierteren sozialen Verhältnissen, in denen die Kundbarkeit zu einer Fiktion geworden sei", zur blossen, widerlegbaren praesumtio juris herabgemindert worden, so dass nunmehr der Beweis redlichen Erwerbs zur Abweisung der Klage geführt habe. So würde man in der Tat von der Huber-Meyer'schen Ansicht aus, dass die unbeschränkte Verfolgbarkeit der gestohlenen Sachen gegen Dritte auf der Publizität des vitium furti beruht habe, unter Anerkennung des Wandels in den Verhältnissen zum Schutz des redlichen Erwerbs gelangen. Und man würde weiter, wenn man nicht überhaupt den Boden des deutschen Rechts ganz verlassen und sich dem römischen Recht mit seiner absoluten Wirksamkeit des dinglichen Rechts gegen alle Dritten zuwenden wollte, abhanden gekommene und anvertraute [58])

---

[55]) Vgl. auch S. 48: „Um den theoretischen Rechtssatz in der Praxis wirklich durchzuführen (?), war erstens die durch das Gerüfte bewirkte Publizität des dieblichen Verlustes viel zu unvollkommen . . . . .".

[56]) a. a. O. S. 635, 651 f., 660, 670 f., 689.

[57]) Über die Stellung, welche dieser Diebstahlspräsumtion in der Entwickelung unserer Materie zukommt, vgl. unten IV a. E.

[58]) bei denen die Fahrnisverfolgung nach der Rezeption auf unredliche Dritte ausgedehnt worden ist, vgl. oben Anm. 38.

Sachen im Schutz des redlichen Erwerbs gleichstellen müssen [59]). Damit wäre dem Art. 2279 Code civil, dem Art. 206 des schweizerischen Bundesgesetzes über das Obligationenrecht und dem § 935 Abs. 1 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs das Urteil gesprochen. Nur die Einführung eines neuen Publizitätssurrogates für abhanden gekommene Sachen, als welches Huber [60]) eine „Anzeige des Verlustes bei einem Amt zur Wahrung der Vindikationsrechte“ zur Erörterung stellt, würde von jenem Standpunkte aus die Verfolgbarkeit gegen redliche Dritte und damit die Abweichung von der Behandlung der anvertrauten Sachen noch zu rechtfertigen vermögen.

Eine Nachprüfung ist also gewiss am Platze. Sie führt m. E. nicht zu einer Bekräftigung der Huber-Meyer'schen These, sondern zu dem Ergebnis:

> Nicht unter der Einwirkung des Publizitätsgedankens, sondern im Kampf mit ihm hat sich die unbeschränkte Verfolgbarkeit der abhandengekommenen Sachen im deutschen Recht herausgebildet. Trotz des Mangels der Gewere, nicht weil er in einem anderen Publizitätsmittel seinen Ausgleich fand, wurden hier Drittinhaber dem dinglichen Recht des Beschädigten unterworfen.

Huber nimmt eine tatsächliche, nicht formale Offenkundigkeit des Verlustes an von solcher Stärke, dass die Unkenntnis dem Dritterwerber als Fahrlässigkeit zugerechnet werden durfte. Sie sei durch eine Reihe von Umständen herbeigeführt worden. Diese Umstände und ihre Bedeutung für die Publizität werden wir näher betrachten müssen.

---

[59]) Dasselbe Resultat, zu dem Zycha a. a. O. von der Unterlegung der Redlichkeit des Erwerbs als des von Anfang an im deutschen Recht treibenden Grundgedankens aus (vgl. oben Text zu Anm. 33 ff.) gelangt; er wünscht deshalb, es möge der schweizerische Gesetzgeber im Gegensatz zum vorliegenden Entwurf als erster die Regel „Habe hat kein Geleite“ (im Sinne des redlichen Erwerbs vom Nichtberechtigten) als eine ausnahmslose proklamieren (S. 149 ff.).

[60]) S. 75. Huber ist aber selbst im Schweizerischen Entwurf (§§ 976 bis 979) bei der Regelung des schweizerischen Obligationenrechtes stehen geblieben (Erläuterungen zum Vorentwurf Heft 3 S. 369 f.). Die Anzeige dürfte auch in vielen Fällen den Publizitätserfolg schon wegen Unmöglichkeit der Feststellung genügender Identitätszeichen nicht erreichen.

1. Zunächst wird auf die „engen genossenschaftlichen, nachbarlichen Verhältnisse des Mittelalters" hingewiesen. Gewiss haben solche in ältester historischer Zeit bei den Germanen bestanden und bewirkt, dass ein Diebstahl häufig in der Nachbarschaft, in der Markgenossenschaft oder Hundertschaft sofort ruchbar wurde. Es ist auch zuzugeben, dass, abgesehen von unfreien Knechten, kaum andere Fahrnisstücke, als Vieh und Waffen, nicht zu vergessen auch Kostbarkeiten, Schmucksachen[61]), erheblich in Betracht kamen, deren Besitzverhältnisse unter den Nachbarn und Genossen bekannt waren. Die Volksrechte stellen noch offensichtlich den Viehdiebstahl in den Vordergrund, freilich ohne jemals die Verfolgung gestohlener Fahrnis darauf zu beschränken[62]). Allein das gleiche traf, nachdem ein Fahrnisverkehr sich zu entwickeln begonnen hatte, mindestens seit der späteren merowingischen oder der karolingischen Zeit mit ihren Märkten und Messen[63]) nicht mehr zu. Es hatte vollends keine Geltung für die Städte und den städtischen Verkehr des deutschen Mittelalters. Und dennoch behaupteten sich die Sätze und Rechtseinrichtungen, die sich auf die Verfolgbarkeit gestohlener Fahrnis gegen alle Dritten bezogen, in den Land- und ganz besonders auch in den Stadtrechten mit ungeschwächter Kraft. Die Behandlung des sog. Marktkaufs, den wir unten (III) noch näher erörtern wollen, ist dafür ein schlagender Beweis. Dies lediglich auf das Trägheitsgesetz der Rechtsgeschichte zurückzuführen, wäre eine matte Erklärung, zumal im Hinblick auf die mächtigen Triebkräfte, die das städtische Wesen entwickelte, und namentlich auch im Hinblick darauf, dass nach Huber's[64]) eigenen Ausführungen der Publizitätsgedanke des deutschen Sachenrechts, die Behandlung der Gewere als der Publizitätsform der dinglichen Rechte, gerade im deutschen Mittelalter die vollste Entfaltung erreichte. Deswegen setzt denn auch Meyer[65]) für verhältnis-

[61]) Huber S. 61; v. Amira, Zweck und Mittel der germanischen Rechtsgeschichte S. 54.

[62]) Vgl. London, Anefangsklage S. 135[47].

[63]) Brunner, RG. II S. 238 ff.; Rietschel, Markt und Stadt S. 9 ff., 34, 38 ff., 47.

[64]) S. 54 ff.

[65]) Vgl. das Zitat oben S. 18 f.

mässig frühe Zeiten an Stelle der wirklichen Kundbarkeit eine präsumtive Kundbarkeit mit der Wirksamkeit der praesumtio juris et de jure, im Grunde wohl nichts anderes als eine Fiktion. Ein derartiger, den Juristen und ihrer Gesetzestechnik geläufiger Behelf erscheint im Rahmen des auf das sinnlich Wahrnehmbare gerichteten Volksrechts nicht ohne Bedenken.

2. Besondere Bedeutung misst Huber dem Gerüfte oder Gerüchte als Offenkundigkeitsmittel bei. Meyer[66]) stellt es in erste Linie. Betrachten wir, ob und inwieweit es im Sinne der ihm zugeschriebenen privatrechtlichen Publizität gegenüber Dritterwerbern der gestohlenen Sache zu funktionieren vermochte. Wir müssen dabei ausgehen von seiner ursprünglichsten und wichtigsten Funktion: im Strafverfahren bei handhafter Tat[67]), also hier bei handhafter Diebestat.

Es diente hier zunächst dem Zwecke, Hilfe heranzurufen, damit der Dieb auf handhafter Tat ereilt würde, d. h. in der Verfassung, dass er die gestohlene Sache noch in der Hand hatte, als bestes Überführungsmittel, ein „fur handhabendus", „fur inter manus habens inventus", wie die angelsächsischen Quellen nach Brunner's[68]) Hinweis sich ausdrücken. Es diente damit auch der Ereilung der gestohlenen Sache in der Hand des Diebes. „Tie uta, tie uta, ende helpet mi myn gued weer to wynnen", so gibt eine friesische Quelle[69]) den Inhalt des Rufes an. Hatte es aber diesen ersten — praktischen — Zweck erreicht, zur Ereilung des Diebes und der Sache geführt, oder war dies schon sofort bei der Entdeckung der Tat dem das Gerüfte erhebenden Kläger allein gelungen, so wurde das Gerüfte nunmehr bedeutsam als rechtliche, formale Voraus-

---

[66]) Vgl. oben Anm. 52.

[67]) v. Kries, Beweis im Strafprozess des Mittelalters S. 52 ff.; Planck, Gerichtsverfahren I S. 757 ff.; R. Löning, Reinigungseid bei Ungerichtsklagen S. 25, 33, 89 ff.; Brunner, RG. II S. 481 ff. und Abspaltungen der Friedlosigkeit in Zeitschr. d. Sav.-Stift. Bd. 11 GA. S. 76 ff. (Forschungen S. 458 ff.); His, Strafrecht der Friesen S. 182 ff.

[68]) RG. a. a. O. S. 481², vgl. auch die in „Abspaltungen" S. 78 (F. S. 460) N. 1 zitierten fränkischen Stellen („cum furtu capitur, cum furto deprehenditur").

[69]) Jurisprud. frisica ed. Montanus Hettema II S. 170 nach v. Richthofen, Altfries. Wörterbuch S. 1083 zu „tianutroft".

setzung für das Verfahren auf handhafter Tat, sowohl in ältester Zeit[70]), wo dieses noch in einer „Art von Volksjustiz“ sich abspielte, als in der fränkischen und folgenden Zeit, wo es ein Gerichtsverfahren, freilich ein an die Ergreifung unmittelbar, erforderlichenfalls vor einem Notgericht, sich anschliessendes, summarisches Verfahren war. Für dieses Verfahren war es Publizitätsform, die den Diebstahl verlautbaren sollte, „uf daz dez antworters mistat scheinbar wirt“ [71]). Es machte, auf dem Wege bis ins Gericht rechtsförmlich wiederholt[72]), nicht nur den Täter, sondern auch die gestohlene Sache als solche kundbar. Körperliche Verbindung der Sache mit der Person des Diebes, insbesondere das uns in älteren wie neueren Quellen begegnende Aufbinden der Sache auf dem Rücken des Diebes[73]), musste dies noch für das Auge wahrnehmbar machen, und zwar auch für die ganze urteilende Gerichtsversammlung zur „leiblichen Beweisung“ [74]); denn in solchem Aufzug war der Täter in das Gericht zu bringen (Ssp. II 64 § 2). Zweck dieser Publizität war die Schaffung des Überführungsbeweises. Die Herbeigeeilten wurden öffentlich als Schreimannen aufgerufen zur Wahrnehmung des Vorgangs und zu seiner demnächstigen Bekundung im Gericht[75]). Das war gerade die Eigenart des Verfahrens auf handhafter Tat, dass darin der Angeklagte nicht zum Reinigungseid kam, sondern auf den sofort mit Hilfe der Schreimannen, ursprünglich als Eideshelfer, dann als wirklicher Zeugen, erbrachten Überführungsbeweis des Klägers abgeurteilt wurde[76]).

---

[70]) Brunner, Abspaltungen S. 76 (F. S. 458): „Wohl die älteste jener Voraussetzungen (die es bewirkten, dass das Verfahren gegen den Friedlosen sich in ein Rechtsverfahren umgestaltete) war die Erhebung des Gerüftes“.

[71]) Blume von Magdeburg I 148 in Homeyer Richtsteig S. 349. Dazu Planck S. 764, 769; R. Löning S. 89; Brunner, RG. II S. 481.

[72]) Planck I S. 764, 772; v. Kries S. 57, 59 f.; R. Löning S. 89.

[73]) v. Amira, Recht[2] S. 162 und Zweck und Mittel der germanischen Rechtsgeschichte S. 54; Brunner, RG. II S. 484[21]; Planck S. 771 f.; His S. 345.

[74]) Planck I S. 770 f., II S. 151 f.; Löning S. 90 f.

[75]) Löning S. 94 ff.; Planck I S. 761, 769; v. Kries S. 56.

[76]) Löning S. 96 u. N. 31; Brunner, Abspaltungen S. 80 (F. S. 462) und Grundz. d. dtsch. Rechtsgesch. 2. Aufl. S. 159.

Hiernach hatte das Gerüfte bei handhafter Diebestat die Ergreifung und dann die Überführung und sofortige Aburteilung des Diebes im Auge. Es war gegen den Dieb gerichtet. Dabei verhalf es dem Bestohlenen auch zu seiner Sache, da er sich nach der Aburteilung nunmehr ohne weiteres der zunächst als Überführungsmittel mit dem Dieb ins Gericht gebrachten Sache bemächtigen durfte. Aber eben deshalb, weil er bei solchem Verlauf die Sache direkt aus der Hand des Diebes wieder an sich brachte, war hier für eine Publizitätswirkung des Gerüftes gegen dritte Erwerber keine Gelegenheit. —

Nun war freilich ein anderer Verlauf möglich: Es wurde auf das Gerüfte nicht der Dieb ereilt, aber in ununterbrochener Spurfolge binnen bestimmter Frist (3 Tage) die Sache in der Hand eines Dritten gefunden, der in Wirklichkeit nicht der Dieb war und den auch der Verfolger nicht mit erneutem Gerüfte als Dieb in handhafter Tat anzuschreien sich getraute. Dann konnte der Verfolger nach den fränkischen Volksrechten [77]) sich im Wege der Selbsthilfe, und zwar im Verhältnis zum Inhaber definitiv, der Sache bemächtigen. Nur musste er nach Brunner's [78]) überzeugender Auslegung des Tit. 37 der lex

---

[77]) lex Rib. 47, lex Sal. 37.

[78]) RG. II S. 497 f. (wo in N. 16 auch frühere Literatur, vgl. auch Heusler, Beschränkung der Eigentumsverfolgung S. 15 ff. und Gewere S. 490 f.). Beistimmend Schröder, RG.[4] § 37[104]; Geffcken, lex Salica, Erl. zu Tit. 37 S. 154; H. Meyer, Entwerung S. 10 f. — Neuerdings hat Zycha in Zeitschr. d. Sav.-Stift. 22, GA. S. 155 ff., dem Tit. 37 der lex Salica eine von allem Bisherigen durchaus abweichende Auslegung gegeben, indem er das „per tercia manu agramire debet" in Satz 1 unter Korrektur des nächst stehenden „ille" in „illi" nicht auf den Verfolger, sondern auf denjenigen, bei welchem das gestohlene Tier gefunden wird, bezieht und zu dem Ergebnis kommt: „Für den Besitzer, der die Einwendung abgeleiteten Erwerbes erhoben hat, ist demgemäss die Situation ganz die gleiche, ob die Sache vor oder erst nach Ablauf der drei Nächte bei ihm gefunden wurde: es kommt zu regelrechtem Dritthandverfahren", also auch im ersteren Falle nicht zur unmittelbaren Herausgabe an den Verfolger bzw. zur Abnahme im Wege der Selbsthilfe. Das bisher für korrespondierend gehaltene „absque intertiato revocare" in l. Rib. 47, 1 betreffe den ganz anderen Fall, dass Vieh sich verlaufen habe und nunmehr unter jemandem angetroffen werde, der es irrtümlich an sich genommen habe. Diese Auslegung erscheint mir entschieden verfehlt. Ich halte schon die nur durch eine einzige Handschrift, Cod. 9 in der Ausg. Hessels,

Salica dem Dritten, wenn dieser sich auf einen Gewährsmann bezog, unter Bürgschaft geloben, die Sache demnächst dem Gewährsmann gegenüber vor Gericht zu vertreten. Hier war also der Dritte schlechter gestellt, als ein mit dem Anefang angesprochener Dritter, da er sich die Sache vom Bestohlenen ohne Gericht abnehmen lassen musste und, ohne vorher gegen seinen Auktor das Recht auf Gewährschaft, d. h. auf prozessualische Verteidigung der Sache, geltend machen zu können. Wodurch wird dies gerechtfertigt?

Die Parallele zum Überführungsbeweis im Verfahren auf handhafter Tat ist einleuchtend. Hier, wie dort, sorgte das Gerüfte, dass die Identität der gestohlenen mit der in Anspruch genommenen Sache im Wege der Spurfolge durch die zur Wahrnehmung aufgerufene Schar (trustis) der Spurfolger „scheinbar“ gemacht, bescheinigt wurde. Diese Identitätsbescheinigung verlegte dem Dritten den Beweis und rechtfertigte das aussergerichtliche Selbstbemächtigungsrecht des Bestohlenen, auch noch zu einer Zeit, als das Verfahren auf handhafter Tat ein gerichtliches geworden war, da es sich hier eben nicht, wie im letzteren, um die Leibesstrafe gegen den Dieb, sondern nur um die Wiedergewinnung des Gutes handelte. Dies alles ja auch nur gegen Garantie des Bestohlenen für gehörige Führung des Rechtsganges gegenüber dem Gewährsmann im Interesse der (materiellen) Gewährschaftsrechte des Dritten gegen diesen letzteren.

---

gestützte Korrektur des „ille“ in „illi“ für keineswegs so unbedenklich, wie Zycha meint, und möchte der Interpretation von l. Rib. 47, 1 entgegensetzen, dass das „absque intertiato“ doch gerade auf einen Fall hinweist, der nach seiner Beschaffenheit an sich Gelegenheit zum Dritthandverfahren bieten würde. Vor allem aber verschwindet bei jener Auslegung der Gegensatz zwischen Satz 1 und Satz 2 des Tit. 37 l. Sal., den der Wortlaut unbedingt fordert und die herrschende Meinung ins hellste Licht setzt, ganz und gar. Denn, was Zycha dafür einsetzt (S. 164), dass nämlich in Satz 2 an ein prozessualisch verfehltes Verfahren des Klägers („schlichtes“ revocare statt Anefang) zu denken sei, auf das der Beklagte die Einlassung verweigern, über das er sich aber auch, wenn es ihm beliebe, unter Einlassung hinwegsetzen könne (daher „liceat“ agramire im Gegensatz zu „debet“ in Satz 1), ist in hohem Grade gekünstelt, wird durch nichts in der Stelle belegt und verwässert den Inhalt der Sätze 1 und 2 in unannehmbarer Weise.

Danach ist es auch hier wieder die auf den Beweis gerichtete Publizitätsfunktion des Gerüftes, welche die Regelung erklärt, nicht aber eine privatrechtliche, gegen alle Dritten im Sinne einer Warnung vor künftigem Erwerb wirkende Publizitätsfunktion des Gerüftes oder, wie Schröder (a. a. O.) will, eine in den damaligen engen nachbarlichen Verhältnissen begründete Ortskundigkeit des Diebstahls, die „dem Erwerber einer frisch gestohlenen Sache mindestens eine Fahrlässigkeit zur Last" schrieb. Hätte die Auffassung bestanden, es habe der Dritte das vitium der Sache trotz seiner Erkennbarkeit unbeachtet gelassen und sich deshalb durch den Erwerb ins Unrecht gesetzt, so hätte man sicherlich die Auseinandersetzung mit seinem Gewährsmann ihm selbst ganz und gar überlassen. Man hätte dann nicht noch ihn mit einem besonderen Gegenrecht gegen den Bestohlenen ausgestattet und so diesem letzteren die Rolle gewissermassen eines Verbündeten des Dritten gegen den Gewährsmann aufgezwungen. —

In den beiden besprochenen Fällen erfüllte das Gerüfte in bezug auf die Sachverfolgung seinen praktischen Zweck, die Auffindung der Sache, wie seinen formalrechtlichen Beweiszweck zugunsten des Bestohlenen, ohne daneben eine privatrechtliche Publizitätsfunktion auszuüben. Es fragt sich, wie es in den häufigen Fällen stand, wo die auf das Gerüfte unternommene Spurfolge innerhalb der bestimmten Frist ergebnislos verlief, die Sache erst später bei einem Dritten entdeckt und geanefangt wurde. Das sind wohl die Fälle, für welche Huber jene privatrechtliche Publizitätsfunktion vornehmlich in Anspruch nimmt. Auch hier stossen nicht unerhebliche Bedenken auf.

Nach ergebnisloser Spurfolge kehrten die auf das Gerüfte Herbeigeeilten heim, ohne die Sache in Verbindung mit dem Diebstahl gesehen zu haben. Sie war also als eine gestohlene in ihrer Individualität nicht von ihnen festgestellt worden. Was man darüber gehört hatte, waren nur die einseitigen Behauptungen des Bestohlenen.

Ferner war damit zu rechnen, dass ein Dritter die Sache vor der Erhebung des Gerüftes, womöglich schon vor der Entdeckung des Diebstahls, erwarb. Dass er trotzdem von der Anefangsklage getroffen wurde, ist zweifellos. Anderenfalls

hätte die Möglichkeit einer darauf zielenden Art der Verteidigung des Beklagten sicher irgendwie in den Quellen Erwähnung gefunden.

Endlich war auch umgekehrt damit zu rechnen, dass ein Dritter die Sache erst lange nach der Erhebung des Gerüftes erwarb und sie nunmehr unter ihm vom Bestohlenen erkannt und geanefangt wurde. Sollte hier das Gerüfte, nachdem es längst verklungen war, noch jene Nebenwirkung gegen den Erwerber haben äussern können? Man erwäge, dass es seiner eigentlichen Ausgestaltung nach auf sofort zu verwirklichende Zwecke — Verfolgung und Beweissicherung — berechnet war.

Das sind Gründe, die den wirklichen Publizitätswert des Gerüftes im Verhältnis zu dritten Erwerbern herabsetzen mussten. Auf diesen Wert haben wir aber unsere Betrachtung einzustellen, da Huber selbst das Gerüfte in der fraglichen Nebenfunktion nicht als formales Publizitätsmittel, sondern nur als Grundlage für tatsächliche Offenkundigkeit angesehen wissen will. Hätte es in jener Beziehung formales Publizitätsmittel sein sollen, so hätte dies ja auch den Satz bedeutet: „Ohne Gerüfte (d. h. ohne vorher, nämlich schon sofort nach dem Diebstahl oder nach seiner Entdeckung, erhobenes Gerüfte) keine Anefangsklage“, ähnlich dem zweifellos geltenden Satze: „Ohne Gerüfte kein Verfahren auf handhafter Tat“ oder „Ohne Gerüfte keine rechtlich wirksame Spurfolge“ (im oben geschilderten Sinne) — und davon ist unstreitig nach dem Inhalt der Quellen keine Rede. Wir müssen daher auch mit einer grösseren Zahl von Fällen rechnen, in denen die Anefangsklage erhoben wurde, ohne dass seinerzeit überhaupt ein Gerüfte vorangegangen war.

Huber[79]) weist selbst auf solche Fälle hin, in denen der Bestohlene auf seinen Verlust erst dadurch, dass er seine Sache bei einem Dritten sah, aufmerksam wurde. Hier hatte er also ein Gerüfte nicht erheben und auch sonst nicht für die Bekanntmachung des Diebstahls sorgen können. Und doch durfte er die Sache beim Dritten anefangen und sich vor Gericht zu ihr ziehen, und zwar mit vollem Erfolg. Die Bemerkung

---

[79]) S. 17[80], vgl. oben S. 17.

Huber's, dass hier die Klage ohnedies meist wegen Mangels des Beweises des dieblichen Verlustes zu Fall gekommen wäre, kann, wie unten (4) sich zeigen wird, nur für eine partikuläre Rechtsbildung der späteren Zeit Bedeutung beanspruchen. Hier war also der Dritte überhaupt keiner Publizitätsausstrahlung ausgesetzt gewesen und musste doch die Sache herausgeben. Ob man mit Huber das Gewicht dieser Fälle durch Hinweis auf ihre Seltenheit abschwächen kann, mag dahingestellt werden.

Das Gerüfte mochte wohl auch in Fällen unterbleiben, in denen der Diebstahl unter solchen Umständen entdeckt wurde, dass eine Ereilung des Diebes oder der Sache ausgeschlossen war, dass eine Spur sich nicht fand, die hätte verfolgt werden können, dass überhaupt nichts zu verfolgen war. Ob hier die Nachbarschaft, Genossenschaft das Gerüfte mit seinem Strafzwang gegen die Folgepflichtigen (Ssp. I 53 § 1)[80], mit seinem Eingriff in die wirtschaftliche Tätigkeit so vieler Leute geduldet hätte, ja ob es nicht vielleicht sogar die Rüge des Bauermeisters (Ssp. I 2 § 4) und die Strafe wegen unrechten, ohne Not geschrieenen Gerüftes (vgl. z. B. Ssp. I 62 § 3, auch Richtst. Landrechts 33 § 5) gegen den Bestohlenen heraufbeschworen hätte[81]), ist erwägenswert.

Vor allem — und das ist mir von wesentlicher Bedeutung — hing es vom Willen des Bestohlenen ab, ob er das Gerüfte erhob, während auf alle Fälle, auch wenn er es nicht erhob, der mit dem Anefang angesprochene Dritte die Sache herausgeben musste. Trotz Nichtgebrauchs des ihm zur Verfügung stehenden Offenkundigkeitsmittels hätte also nach der bekämpften Ansicht der Bestohlene die Offenkundigkeitswirkung gegen den unschuldigen Dritten geltend machen können!

3. Für einen Kreis von Fällen behauptet Huber aber — und damit arbeitet er unserer letzten Erwägung in etwas entgegen und bringt er ein neues Argument für seine These — dennoch eine Verpflichtung zum Gerüfte: „Wer eine fremde Sache in Gewahrsam hatte, wurde bei seiner Verantwortlichkeit sogar verpflichtet, den Raub auszurufen, damit die Sache ver-

---

[80]) Brunner, RG. II S. 227; Planck I S. 760.

[81]) Planck S. 761.

folgt werden konnte" [82]). Er zieht dafür beispielsweise Ssp. II 54 § 4 an, und H. Meyer [83]) sieht gerade in dieser Vorschrift einen Beleg für die (in Frage stehende) rechtliche Wirkung des Gerüftes. Sie lautet:

„Svat so man vor den hirde drift, ne bringt he's nicht weder in dat dorp, he mut it gelden. Svat aver ime die wolve nemet oder rovere, blift he [84]) ungevangen, unde ne bescriet he sie mit deme gerüchte nicht, so dat he's getüch hebben moge, he mut it gelden".

Ich habe zwei Einwendungen zu machen:

Die eine in Ansehung der zitierten Vorschrift selbst. Gewiss war diese geeignet, den Hirten zum Gerüfte zu veranlassen und dadurch mittelbar der Kundbarmachung des Raubes zu dienen. Insofern kann sie allerdings von Huber als ein tatsächlich die Offenkundigkeit gegenüber Dritterwerbern förderndes Moment angeführt werden. Sie bezweckte aber diese Wirkung keineswegs. Nicht „damit die Sache verfolgt werden konnte", damit die Publizität gegen etwaige künftige Dritterwerber gewahrt wurde, war dem Hirten das Gerüfte zur Pflicht gemacht. Dies zeigt schon deutlich die Gleichstellung des von Menschen mit dem von Wölfen verübten Raub. „Svat ime die wolve nemet", das konnte für späteren Dritterwerb, überhaupt für die „Verfolgung der Sache", gewiss nicht mehr in Betracht kommen! Nicht im Interesse des Eigentümers des geraubten Viehstücks, sondern in seinem eigenen Interesse sollte der Hirt das Gerüfte erheben: damit er von der Haftung für Schadensersatz freikam. Diese Haftung war nach bekannten deutschrechtlichen Prinzipien [85]) grund-

---

[82]) S. 13 u. N. 22.

[83]) S. 9, vgl. auch oben Anm. 52.

[84]) nämlich der Hirte, wie aus der Parallelstelle des Rechtsb. nach Distinktionen II 7, d. 5 hervorgeht, wo es heisst: „Waz fihes dy wulffe adder rouber nemen, blibet her vor den wolffen unvorsert sines libes, adder von den roubern ungefangen, schriet her ouch daz geruffte nicht, her muss is gelden. Schriet her abir das gerufte, unde had des sinen geczugk selbdrette, dy daz mit om gewern zcu den heyligen, he blibet des ane wandel". Die gleiche Vorschrift auch z. B. in Schwabensp. (Lassb.) c. 213 und in Goslarer Stat. (Göschen) S. 43 Z. 15 ff.

[85]) Vgl. den Anfang der Sachsenspiegelstelle, auch Ssp. II 48 § 1. Vgl.

sätzlich eine unbedingte. Unsere Vorschrift eröffnete aber dem Hirten einen Unschuldseid „selbdritt", wenn er selbst von den Wölfen an seinem Leibe versehrt oder von den Räubern gefangen worden war, oder, wenn er sofort das Gerüfte geschrieen hatte. Das Gerüfte diente also hier dem Unschuldsbeweis für den Haftpflichtsprozess gegen den Hirten. Es sollte ihm die Wissenszeugen, die er dafür brauchte (Schwabensp. a. a. O.: „Hat er aber zwene man, die daz horten und sahen, unde sagent die, daz er ruffte unde nach lief"), verschaffen. Dies und nur dies bezeichnen die einschlägigen Quellenstellen ausdrücklich als Zweck des Gerüftes.

Eine zweite Einwendung betrifft die Verallgemeinerung des Inhalts der obigen Vorschrift. Man darf nicht den Zwang, wie er dem Hirten auflag, unter allen Umständen, auch wenn keine Spur zu verfolgen war, zum Zwecke seiner Befreiung von der Haftung das Diebstahlsgerüfte zu erheben, auf alle, die fremde Sachen in Gewahrsam hatten, ausdehnen. Dies lehrt schon die Tatsache, dass jedenfalls nach den älteren Rechten und wenigstens in einer Reihe von Fällen (bei verschiedenartiger Regelung im einzelnen) auch nach den Rechten des Mittelalters der Verlust durch Diebstahl keine Ausnahme von der Haftpflicht gegen den Anvertrauenden begründete[86]: selbst die Erhebung des Diebstahlsgerüftes befreite hier nicht von der Haftung.

4. Wo aber keine Verpflichtung bestand, habe doch — so meint Huber[87] — den Bestohlenen sein eigenes Interesse an der Gewinnung von Zeugen für den späteren Anefangsprozess zu alsbaldiger öffentlicher Bekanntmachung seines dieblichen Verlustes angetrieben.

Allein für die älteren Rechte (Volksrechte) — und auf

---

dazu Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 246 und im allgemeinen Heusler, Instit. II S. 263 ff. (vgl. auch oben Anm. 41).

[86]) Heusler a. a. O.; Stobbe a. a. O. S. 215 ff. Freilich l. Visig. V 5, 3 und l. Baiu. XV 4 und 5 legen wohl dem Vertrauensmann das „furem sua investigatione perquirere" als eine Pflicht auf, die erfüllt sein muss, damit er die dort verordnete Schadensteilung zwischen ihm und dem Anvertrauenden beanspruchen kann. Heusler, Beschränkung der Eigentumsverfolgung S. 22 und Gewere S. 495, nimmt ganz allgemein nicht bloss ein Recht, sondern eine Pflicht des Vertrauensmanns zur Diebesverfolgung an.

[87]) S. 13, vgl. oben S. 17.

diese wird bei Behandlung unserer Frage das Schwergewicht zu legen sein [88]) — passt dies deshalb nicht, weil ihnen überhaupt ein Beweis des Klägers mit Zeugen (Eideshelfern) im Anefangsprozess fremd war. Die Beweisrolle gehörte hier dem Beklagten [89]). Auch über die Identität der geanefangten mit der gestohlenen Sache entschied nicht ein Beweis des Klägers, sondern der Ausgang der Verteidigung des Beklagten. Darin lag gerade der Unterschied vom Verfahren auf handhafter Tat und vom Verfahren auf Grund der Spurfolge (oben 2). Zwar wurde nach manchen älteren Rechten (dem ribuarischen, angelsächsischen, langobardischen) im Anefangsprozess dem Eid des die Sache an den Gewähren ziehenden Beklagten ein Eid des Klägers gegenübergestellt, dass die Sache sein sei. Aber dieser Eid war ein Voreid, Gefährdeeid, und vor allem er war ein Eineid [90]). Für diesen etwaigen Eid im künftigen Anefangsprozess war also dem Kläger der alsbald nach der Tat erfolgte öffentliche Aufruf der Nachbarn zum Sehen und Hören nichts nutze.

Aber selbst im deutschen Mittelalter begegnet ein Eid des Klägers mit Zeugen nur in einem Teil der Rechte [91]). Allerdings bestimmen der Sachsenspiegel (II 36 §§ 4, 7), der Richtsteig Landrechts (13 § 5) und eine Reihe anderer Rechtsquellen, dass der Kläger sich selbdritt zur Sache ziehen müsse, und verlangen teilweise ausdrücklich, dass die beiden Mitschwörenden Wissenszeugen seien (Ssp.: „vulkomener lüde an irme rechte, die dat weten, dat it ime düflike oder roflike geloset si) [92]). Unter der Herrschaft dieser Rechte war also in der Tat eine alsbaldige Heranziehung von Augenzeugen für die Spurenreste des Diebstahls — ob wirklich auch eine

---

[88]) Vgl. Huber selbst S. 60 und oben Anm. 49.

[89]) Sohm, Prozess der lex Salica S. 74, 91; London, Anefangsklage S. 122 ff.

[90]) v. Bethmann-Hollweg, Zivilprozess IV S. 481 [10]; Planck I S. 832; London S. 127 ff; Brunner, RG. II S. 501 [42]; Schröder, RG. [4] § 37 [106].

[91]) Vgl. hierzu besonders die grundlegenden Erörterungen Laband's a. a. O. S. 108 ff., ferner Planck I S. 831 ff.

[92]) Laband S. 115 [15]; Planck S. 833.

öffentliche Bekanntmachung? — angezeigt. Indessen diese — nunmehr einen Zeugenbeweis (im mittelalterlichen Sinne)[93]) für die Feststellung der Aktivlegitimation fordernde[94]) — Rechtsbildung wurde keineswegs eine allgemeine. So verlangt nach Laband's Feststellung die Mehrzahl der sächsischen Stadtrechte, namentlich das Magdeburgische und das Lübische Recht, nur den Eineid des Klägers. Ich kann das Stadtrecht von Freiburg i. Br. (12. Jahrh.)[95]) und manche der ihm nahestehenden Stadtrechte (z. B. Colmar 23, Dattenried 23, Burgdorf i. d. Schweiz 186, Aarau 28)[96]), auch c. 32 der Lettres de Philippe-Auguste für Amiens von 1190[97]) hinzufügen.

Bezeichnend ist es, wie sonst vom Sachsenspiegel beeinflusste Stadtrechte gerade in unserem Punkte nicht folgen, und besonders bezeichnend, wie das Hamburgische Recht von 1270 und das ihm sich anschliessende Recht von Stade[98]), worauf Laband hingewiesen hat, einen Unterschied machen und für den Beweis des früheren Besitzes des Klägers an der geanefangten Sache einen Eid mit Zeugen, für den Beweis des dieblichen Verlustes aber nur den Eineid erfordern, offenbar im Interesse des Klägers, ausgehend von der Erwägung, dass für das letzte schwieriger Zeugen zu beschaffen seien, als für das erste, also gerade mit der Schwäche oder sogar mit dem Fehlen der Offenkundigkeit des dieblichen Verlustes rechnend.

Das Argument Huber's trifft also nur für eine partikuläre Rechtsbildung der späteren Zeit zu.

5. Gleiche Erwägungen in bezug auf die Offenkundigkeit, wie bei den gestohlenen Sachen, lässt Huber[99]) bei den ver-

---

[93]) Planck II S. 64, 67 ff.

[94]) Vgl. auch London S. 133 f.

[95]) Vgl. die oben Anm. 22 wiedergegebene Stelle.

[96]) Gaupp, Stadtrechte I S. 118, II S. 180, 141, für Aarau Ausg. Merz 1898 in Rechtsqu. des Kantons Aargau I 1 S. 24, während das Berner Stadtrecht des 13. Jahrh. c. 38 (ed. Welti 1902 in Rechtsqu. des Kantons Bern I 1 S. 16) Zeugenbeweis erfordert.

[97]) Ordonnances des rois de France de la troisième race XI S. 266.

[98]) Hach, Das lübische Recht Cod. III c. 397 (S. 541); Pufendorf, Observ. I app. S. 225 V. Dazu Laband S. 117[24], H. Meyer, Entwerung S. 14 f.

[99]) S. 17[30], 13[21], vgl. oben S. 17 f.

lorenen Sachen gelten. Er erinnert ausserdem an die Pflicht des Finders, den Fund öffentlich aufzubieten (Ed. Rothari 260, 343, l. Visig. VIII 5, 6, Ssp. II 37)[100]). Aber gerade dieses Aufbieten geht davon aus, dass man nicht weiss, wer der Verlierer ist, dass dessen Verlust bis dahin nicht offenkundig geworden ist. Wenn also der Finder treulos war, den Fund nicht aufbot, vielmehr die Sache an einen Dritten veräusserte, und wenn nun dieser Dritte, wie es feststeht, auf den Anefang des Verlierers die Sache herausgeben musste, so möchte man hier — d. h. eben für eine das Fundaufgebot kennende Rechtsordnung — gerade besonders Bedenken tragen, die Anefangbarkeit auf die Offenkundigkeit des Verlustes zurückzuführen. Das war aber der Hauptfall des Anefangs einer verlorenen Sache bei einem Dritten. War einmal der Fund aufgeboten, so lag die Gefahr einer solchen Veruntreuung, auch mit Rücksicht auf die Beteiligung des Richters (Ssp. II 37 § 3), um vieles ferner. Ganz und gar aber fiel das Moment der Offenkundigkeit aus in bezug auf die abgetragenen, d. h. von Gesinde und Hausgenossen veruntreuten, Sachen. Und doch wurden auch sie, wenigstens in den Rechten des Mittelalters, in den Bereich der Anefangsklage einbezogen, so dass sie gegen jeden Dritterwerber verfolgt werden konnten[101]). —

Aus den vorstehenden Erörterungen zu 1 bis 5 ziehe ich den Schluss: Die von Huber und Meyer angenommene Offenkundigkeit des Verlustes wider Recht und Willen litt an be-

[100]) Das ist gewiss ein privatrechtliches, formales Publizitätsmittel. Seine wahre Publizitätsfunktion in der Richtung auf die Verschweigung der Rechte des Verlierers hat Huber selbst (S. 15, 17[30], 51[119]) treffend beleuchtet. Vgl. hierzu Meyer, Entwerung S. 158 ff.

[101]) Vgl. hierüber die eingehende Darstellung von Meyer S. 57 ff. Für die ausdrückliche Gleichstellung dieser Sachen mit den gestohlenen habe ich noch in der Stadtsatzung von Bern von 1539 c. 58 (ed. Welti 1902 in den Rechtsquellen des Kantons Bern I 1 S. 287) einen Beleg gefunden: „Wellicher wüssentlich oder unwüssentlich roub, verstolenn und entragen gut koufft, kompt der, dem dz gut gnomen und enntragen, und nach der statt recht bewysst, dz es im durch unrecht enntfrembdet ist, so soll der jhenig, so dasselbig erkoufft, dem ansprecher semlich wider gebenn one allen schaden“.

denklichen Schwächen. Sie musste bei einer Gruppe von Fällen ganz fehlen. Sie konnte nach dem Willen des Entwerten fehlen. Sie kam bei einer anderen Gruppe von Fällen zu spät, um als Warnung vor einem Dritterwerb wirken zu können. Das nach der Rechtsordnung dem Entwerten zur Verfügung stehende formale Offenkundigkeitsmittel, das Gerüfte, war in allen Fällen auf andere Zwecke, als auf eine privatrechtliche Publizitätswirkung gegen Dritte, zugeschnitten; es wäre die letztere nur als eine nicht zum Ausdruck gebrachte, nicht formale Nebenwirkung in Betracht gekommen[102]. Diese Schwächen mussten zum Teil schon in frühester Zeit, sobald nur von einem Dritterwerb im Rechtssinne die Rede sein konnte, sich fühlbar machen, sie mussten sämtlich bei steigendem Verkehr und Handel immer fühlbarer werden.

Eine Offenkundigkeit mit solchen Schwächen, mit unbestimmtem Anfang, auf verschiedenartige Faktoren gegründet, die das eine Mal stärker, das andere Mal schwächer, das dritte Mal gar nicht in Wirkung traten, vor allem eine Offenkundigkeit von nur tatsächlicher Bedeutung, ohne formale Ausgestaltung, konnte aber meines Erachtens nicht Ersatz sein für die scharf umrissene, in ihrer Dauer vom Anfang bis zum Ende klar und einheitlich bestimmte, in allen Fällen gleich starke, durchaus formal gestaltete Offenkundigkeit der Gewere. Ohne Formalismus keine rechtlichen Publizitätswirkungen! — wie es z. B. nach unseren obigen Ausführungen auch das Gerüfte beweist, wo es diejenigen Publizitätsfunktionen, zu denen es zweifellos berufen ist, erfüllt. Die Unebenbürtigkeit jener tatsächlichen Offenkundigkeit und der formalen Offenkundigkeit der Gewere scheint mir der Hauptgrund gegen die Huber-Meyer'sche Ansicht zu sein. Gerade die formale Natur der Gewere, ihre Bedeutung als Publizitätsform der dinglichen Rechte im vollen Einklang mit dem auf die sinnliche Erscheinung gerichteten Charakter des älteren deutschen Rechts glänzend herausgekehrt zu haben, ist das nicht hoch genug zu

[102]) Dass das Gerüfte zu irgendeiner Zeit Voraussetzung für den wirksamen Anefang beim Dritten gewesen sei, was Meyer S. 43 (vgl. oben Text zu Anm. 55) für die älteste Zeit zu unterstellen scheint, dafür besteht gar kein Anhalt. Vgl. oben S. 27.

veranschlagende Verdienst der Huber'schen Publizitätstheorie. Und in der Bezeichnung der Gewere als des „formalen und nach aussen gekehrten Elementes des Sachenrechts" hat schon vorher Gierke[103]) das Wesen der Gewere richtig getroffen. Danach würde vielleicht eine Aufbietung des dieblichen oder sonstigen Verlustes im Ding oder in der Kirche als formale, indispensable Voraussetzung der Anefangbarkeit gegen spätere Dritterwerber, ähnlich dem Fundaufgebot als Voraussetzung für die in der Verschweigung liegende Publizitätswirkung[104]), ein „den engen genossenschaftlichen Verhältnissen" angepasstes Äquivalent für die dem dinglich Berechtigten verloren gegangene Publizität der Gewere gewesen sein. Aber jene tatsächliche Offenkundigkeit des Verlustes konnte das nicht sein. Wäre sie es wirklich gewesen, so würde dies m. E. eine Trübung der Publizitätstheorie bedeuten und Zweifel an ihrer Richtigkeit aufkommen lassen. Die oben (Text zu Anm. 30 ff.) kurz berührte Geschichte der neueren Satzung von Fahrnis bildet, wie einen trefflichen Beleg für die Publizitätstheorie im allgemeinen, so auch einen Beweis gegen die hier bekämpfte Ersatzpublizität des Verlustes wider Recht und Willen. Denn sie zeigt, wie im lübischen Recht selbst eine formal gestaltete, auf die Wirkung gegen Dritte gerichtete Zeugen-, Gerichts-, sogar Buchpublizität der Publizität der Gewere mit ihrem „Hand-wahre-Hand"-Gedanken nicht ganz die Wage zu halten vermochte.

Nach Huber[105]) begründet die von ihm angenommene tatsächliche Offenkundigkeit des Verlustes wider Recht und Willen auf seiten jedes Dritterwerbers die privatrechtliche Herausgabepflicht deswegen, weil er den Verlust, „wenn er nicht bereits davon gewusst habe, leicht hätte erfahren können", und weil er deshalb „seine so fahrlässig erworbene Gewere dem Bestohlenen nicht habe wirksam entgegenhalten können"; „er habe die Unkenntnis zu verantworten gehabt", da „die Um-

---

103) Deutsches Genossenschaftsrecht II S. 137.

104) Vgl. oben Anm. 100 und meine Anzeige von Immerwahr, „Verschweigung im deutschen Recht" in Krit. Vierteljahrsschrift 40 S. 343.

105) S. 13, 14, 61, vgl. oben S. 17.

stände dafür gesprochen hätten, dass er die „Kenntnis hätte besitzen sollen“; „man habe von jedermann annehmen können, dass er von dem verbrecherischen Eingriff in das Eigentum des Gerichts- und Dorfgenossen Kenntnis besitze“. Der unmittelbare Grund für die Herausgabepflicht wird also in der typisch, regelmässig fahrlässigen Unkenntnis des offenkundigen Ereignisses gefunden.

Dieser letztere unmittelbare Grund versagt aber jedenfalls beim sogenannten „Marktkauf“ [106]). Und darin erwächst ein weiteres, bedeutsames Gegenargument, auf das auch schon Adolf Zycha [107]) hingewiesen hat. Auch wer eine gestohlene Sache „auf offenem, freiem Markte“ gekauft hatte, also in einer Art, bei der die nicht fahrlässige Unkenntnis des vitium das Typische, Regelmässige war, in einer Form, die Franken [108]) als den „obersten Typus des bona fide-Verkehrs“ bezeichnet hat, auch dieser Dritte musste auf die Klage des Bestohlenen die Sache herausgeben. Das hat vom ersten Auftreten des Marktkaufs als einer besonderen Rechtsfigur gegolten und sich bis zur Rezeption des römischen Rechts im deutschen, wie im französischen Recht ausnahmslos [109]) behauptet. Hätte der Rechtsordnung der Gedanke in den Gliedern gelegen, der Dritte müsse deswegen herausgeben, weil das vitium allgemein erkennbar gewesen sei und er es sich daher habe selbst zuschreiben müssen, dass er es nicht erkannt habe, so hätte sie beim Marktkauf bald von der Herausgabepflicht sich abwenden müssen. Dies um so mehr, als die im Tatbestand des Marktkaufes liegenden Besonder-

---

[106]) Vgl. über diesen besonders Franken, Französ. Pfandrecht I S. 302 ff., London, Anefangsklage S. 316 ff., H. Meyer, Entwerung S. 104 ff., 123 ff., und für das Recht nach der Rezeption Wellspacher a. a. O. S. 653 f. und die dort N. 67 zitierten Autoren des Usus modernus.

[107]) Zeitschr. f. schweizer. Recht 44 S. 137.

[108]) Lehrbuch des deutschen Privatrechts S. 393.

[109]) Für das französische Recht: Franken, Französ. Pfandrecht S. 303 [1], auch Glasson, Histoire du droit et des institutions de la France t. VII p. 245, 249, 252, und bestätigend Meyer S. 140. Für das deutsche Recht: Laband a. a. O. S. 97, Meyer S. 123 [2], 130 [16], 137, 140. Auch die Quellen, auf die Huber, Gewere S. 15 [27], unmittelbar und mittelbar hinweist, geben nur den Lösungsanspruch. Daher wäre auch der zugehörige Text bei Huber zu berichtigen.

heiten wohl verstanden wurden, die Behandlung des Marktkaufes ein unter dem Aufblühen des Markt- und Stadtverkehrs ungemein praktisches und in den Rechtsaufzeichnungen daher eine grosse Rolle spielendes Problem bildete und die Rechtsentwickelung in der Tat gerade beim Marktkauf schliesslich eine entscheidende Wendung machte. Dass man trotz dieses vollen Verständnisses, trotz der vorhandenen wirtschaftlichen Gegenantriebe (oben Text zu Anm. 61 ff. Ziffer 1) bei der Herausgabepflicht blieb und die schliessliche Wendung gerade nicht in der Richtung ihrer Beseitigung, sondern nach der Seite des Lösungsanspruches machte, spricht sehr gegen die Realität jenes Rechtsgedankens.

Dies soll ein Blick auf die Geschichte[110]) und die rechtliche Bedeutung des Marktkaufs, dieser markantesten Erscheinung in der Geschichte der deutschen Fahrnisverfolgung, deutlicher machen. Es ist dabei Gewinn zu erhoffen für die positive Beantwortung der Frage nach dem tieferen Grunde der unbeschränkten Verfolgbarkeit entwerter Fahrnis und Aufklärung auch nach der Seite des Lösungsanspruches und der „Redlichkeit“.

III.

Der „Marktkauf“ ist ein Spross des „Kaufs vom Unbekannten“. Ja, er ist sogar nur eine Abart desselben: diejenige, bei welcher die Unverdächtigkeit des Erwerbs durch die Verhältnisse des Marktverkehrs noch besonders gerechtfertigt wird[111]). Er trägt dieses Herkunftszeichen in Gestalt der Häufung der Erfordernisse — des Abschlusses auf offenem Markt und der Unbekanntschaft des Käufers mit der Person seines Verkäufers — in den bei weitem meisten Quellen vom Anfang seines Auftretens bis in die späteste Zeit deutlich an sich. Ich verweise beispielshalber auf:

Liutpr. 79: Kauf auf dem Pferdemarkt — „comparavi de franco aut nescio de qualem hominem,

---

[110]) Ich entnehme dafür mein Quellenmaterial aus den reichhaltigen Zusammenstellungen Franken's (S. 275 ff.) und Meyer's (a. a. O.), auch Wellspacher's.

[111]) Dies hat schon London a. a. O. S. 320 ff. hervorgehoben.

Wilhelm der Eroberer in Leis Willelme 21 (ed. Liebermann S. 508/509, dazu Meyer S. 117 ff.): „E s'il n'ad guarant ne haimelborch (Gewährschaftsbürgen), e il ait les testimonies, qu'il le achatad al marché le rei (auf dem Königsmarkt), e qu'il ne set sun guarant ne sun plege, vif ne mort, ...,

Freiburger Stadtrecht c. 29: „se in publico foro pro non furato vel predato ab ignoto sibi emisse",

Sachsensp. II 36 § 4: „Sprict aver jene, he hebbe't gekoft uppe deme gemenen markete, he ne wete weder wene", (hierzu die grosse Zahl von Belegen aus dem sächsischen Quellenkreise bei Laband a. a. O. S. 97 [15]),

Augsburger Stadtrecht 1276 Art. 34 § 4 (Ausg. Chr. Meyer S. 98 f.): „unde swert zen heiligen, daz er daz vihe habe kauft uf friem marckte, ez si in der stat oder vor der stat, unde nimt in den eid, daz er des mannes iht erchenne der im daz vihe da gaeben hat, unde sins schubes niht gehaben muge . .",

Bouteiller, Somme rural XXXV (Ausg. Lyon 1621 S. 420): „sil est aucun qui ait acheptè aucune chose en plain marche de bonne foy, et bien ne cognoisse le vendeur . . . . diroit . . . . qu'il ne sçauroit trouver autre garand que sa bourse",

Lauterbach, Collegium Pandectarum theoretico-practicum lib. 47 tit. 2 § 6: „nisi in mercatu publico emerit, tunc enim individuum producere nequit" (Wellspacher a. a. O.),

Leyser, Meditationes ad Pandectas, Spec. 555 med. 14 (Ed. tert. VIII p. 400): „Contra si quis rem ab ignoto quidem, sed publice in foro ac aequo pretio emit, quaestioni subjici nequit" (Wellspacher),

Codex Theresianus (der älteste Entwurf eines österreichischen Zivilgesetzbuchs von 1766) Buch II Kap. 8 Nr. 58: „Doch solle der gute Glauben nicht anderst, als durch die Namhaftmachung seines Gewährsmanns . . . . oder, da die Sache zu Marktszeiten von einem Unbekannten, der nachher nicht mehr zu erforschen wäre, erkaufet worden, durch Zeugnuss glaubwürdiger Personen, dass die Sache auf dem Markt öffentlich ausgefeilet worden,

erwiesen werden können" (ed. v. Harrasowsky Band II S. 133f., dazu Wellspacher a. a. O. S. 643f.).

Der Kauf vom Unbekannten wird aber schon in den älteren Volksrechten[112]), in die somit auch die Wurzeln des Marktkaufs hinaufreichen, behandelt, und zwar in dem natürlichen Zusammenhange mit dem Zug auf den Gewähren. —

Der erfolgreiche Gewährenzug verschaffte dem Anefangskläger die Ermittelung des Diebes, dem Anefangsbeklagten zweierlei:

1. Die Feststellung, dass er nicht der Dieb war. Sie war mit dem Eintritt des Gewähren in den Prozess ohne weiteres gegeben. Eine sonstige Prüfung seiner Redlichkeit oder Unredlichkeit, seines Wissens oder Nichtwissens von der Furtivität der Sache war damit für den Anefangsprozess gleichfalls erübrigt[113]). Er brauchte nun keinen Reinigungseid zu schwören (oben Anm. 36). Er schied aus dem Prozess aus.

2. Entweder, wenn der Gewähre oder bei weitergehendem Schub der letzte Gewähre gegen den Kläger siegte, das Behalten der somit zu Unrecht geanefangten Sache oder, wenn der Kläger Sieger blieb, den wirtschaftlichen Ausgleich in der Zurückerlangung des für die Sache gegebenen Kaufpreises und in der Gewinnung der etwaigen sonstigen materiellen Gewährschaftsleistungen[114]). Zwar hat Zycha (S. 115f.)[115]) gewiss unrecht, wenn er auf Grund des Zwanges zur Retradition der Sache an den Gewähren behauptet: „Mittels des Gewährzuges wurde schlechterdings die Auflösung aller über eine res furtiva geschlossenen Erwerbsgeschäfte herbeigeführt" und die „Wiederherstellung des vorigen Standes", also auch die Preisrückzahlung, als „Vorbedingung" für die Durchsetzung des Rechtes des Klägers gegen den Dieb (den Gewähren) hinstellt.

---

[112]) Rothari 232, Liutpr. 79; l. Visig. VII 2, 8; l. Rib. 33 § 4; l. Baiuw. IX 7.

[113]) Die l. Visig. VII 2, 9 lässt ihn aber, wenn er der Wissenschaft um den Diebstahl überführt wird, neben dem als Dieb entlarvten Gewähren gleichfalls als Dieb büssen. Vgl. Dahn, Studien S. 258.

[114]) Vgl. dazu Rabel, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte I S. 288 ff.

[115]) auch in Zeitschr. d. Sav.-Stift. 22, GA. S. 174[1].

Diese früher schon, auch noch sehr ausführlich von London (S. 279ff.) verteidigte Meinung ist von Brunner[116]), unter Zuweisung einer Treuhänderstellung an den Gewähren für die Dauer des Prozesses, mit durchschlagenden Gründen zurückgewiesen worden. Aber die materiellen Gewährschaftsansprüche des Beklagten, insbesondere der auf Preiserstattung, standen in der Tat mehr, als man dies gewöhnlich hervorkehrt, im Vordergrund der rechtsbildenden Betrachtung. In den Vorschriften der Volksrechte über den Gewährenzug tritt regelmässig im engsten Zusammenhange mit dem „rem restituere" an den Kläger das „pretium reddere" an den Beklagten auf. Der infolge des Schubs entlarvte Missetäter erscheint nunmehr als gegenüber beiden ursprünglichen Prozessparteien, nicht bloss dem Kläger, sondern auch dem Beklagten, überführt. Lex Salica 47: „ille erit latro illius qui agnoscit et precium reddat ille (= illi) qui cum illo negociavit, et ille secundum legem componat ille (= illi) qui res suas agnoscit". In Roth. 231 heisst es, dass der „auctor, si (ancillam) vindicare non potuerit", nach Leistung des ihm hier noch eröffneten Reinigungseides, „reddat praetium tantum . . . ., et ancilla ipsa proprio domino restituatur". „Auf Island spricht dasselbe Gerichtsurteil, welches dem Kläger die eingeklagte Sache zuerkennt, die sämtlichen Gewähren schuldig, ihren Käufern den Preis zurückzugeben" (von Amira)[117]). Nach l. Rib. 33, 2 ist für den Beklagten beim Ausbleiben des vor Gericht gehörig geladenen Gewähren der aussergerichtlich vor Zeugen erfolgte Rückempfang des Preises oder eines Teiles desselben und die Vorweisung („probabiliter ostendere") des Empfangenen vor dem Kläger im Gericht sogar Voraussetzung des Loskommens vom Diebstahlsverdacht[118]). Langobardische Gerichtsformeln des Liber Papiensis zu Roth. 232 u. Otto I c. 7. bezeugen die Sitte, die Aushändigung der geanefangten Sache an den Gewährsmann zu ihrer weiteren gericht-

---

[116]) RG. II S. 505 u. N. 69, 70. Vgl. Rabel a. a. O. S. 172 und die weitere dort N. 1 angegebene Literatur.

[117]) Nordgermanisches Obligationenrecht Bd. 2 S. 693.

[118]) Vgl. hierzu Sohm, Prozess der lex Salica S. 109 f. (der aber wohl mit Unrecht ein „ostendere auctorem" annimmt) und Brunner a. a. O. S. 504.

lichen Vertretung mit der Rückzahlung des Preises seitens des Gewährsmanns zu verbinden, weisen also auf eine Art Sicherstellung des Kaufpreises zugunsten des Beklagten hin[119]. Auch die oben (Anm. 78 und Text dazu) besprochene Stelle der lex Salica tit. 37, wonach der Bestohlene die in unmittelbarer, fristzeitiger Spurfolge bei einem Dritten gefundene Sache nur gegen Sicherstellung im Interesse der Gewährschaftsansprüche des Dritten sofort herauserhält, kann hier angezogen werden.

So wurde die Härte, die in der Festsetzung der Herausgabepflicht gegen jeden Dritten lag, durch die Fürsorge für den wirtschaftlichen Ausgleich zugunsten desjenigen Dritten, welcher einen Gegenwert für die Sache hingegeben hatte, wesentlich gemildert. Dem Bestohlenen musste seine Sache wieder werden; wenn dabei dem Dritten auch sein Gegenwert wieder zuteil wurde, so erschien dies auch vom Standpunkt wirtschaftlicher Gerechtigkeit annehmbarer. —

In beiden oben betrachteten Beziehungen stellte der Kauf vom Unbekannten, weil er den Zug auf den Gewähren ausschloss, neue Aufgaben.

Zu 1. Es entfiel hier die von selbst durch den Eintritt des Gewähren wirkende strafrechtliche Reinigung, die Befreiung von den Diebstahlsfolgen. Im Gegenteil, das Unvermögen, den Vormann nach seinem Namen oder nach seiner „casa seu postis ianuae" (l. Rib. 33 § 4) zu kennzeichnen oder ihn innerhalb der Suchfrist so aufzufinden, dass er in den Rechtsstreit eintreten konnte, war selbst ein Verdachtsmoment. Die „excusatio ignorantie (auctoris)" (l. Visig. VII 2, 8) hatte einen üblen Beigeschmack. Und es wäre möglich, dass deshalb noch im salischen Recht zur Zeit der lex Salica, die über den ganzen Fall schweigt, diese Art der Verteidigung nicht zugelassen wurde. Andererseits muss der Kauf „ab incognito homine" in den Gebieten und Zeiten der oben Anm. 112 angegebenen Volksrechte bereits, als auch im rechtmässigen Verkehr möglich, Duldung verlangt haben; man denke etwa an einen Kauf von

---

[119]) Vgl. Brunner S. 505[70] und über eine verwandte Regelung im westgotischen und bayerischen Recht im Zusammenhang mit dem Kauf vom Unbekannten unten Anm. 142.

einem Auswärtigen oder gar Volksfremden (Liutpr. 79: „comparavi de franco"). Denn es wurde dort dem Beklagten ein Reinigungsbeweis als Ersatz für den ihn ohne weiteres reinigenden Eintritt des Gewähren eröffnet. Immerhin musste wegen des hier in besonderem Masse sich aufdrängenden Verdachtes, Dieb oder Diebesgenosse zu sein, die Beschränkung auf einen einfachen Reinigungseid bedenklich erscheinen. Und so verlangte das ribuarische Recht einen Eid „selbsiebent", das bajuvarische „sacramentum et testes". Das westgotische schrieb Zuziehung eines „fideiussor, cui credi potest", d. h. eines Zeugen als Gewährschaftsbürgen [120]), zum Kauf „de incognito homine" vor, liess es aber im Falle der Zuwiderhandlung dennoch bei einem Beweis „aut sacramento aut testibus" bewenden. Besonders bezeichnend ist das langobardische Recht, insofern Liutprand beim Pferdekauf den in Roth. 232 zugelassenen Eineid, das „simpliciter dicere: quod comparavi de franco aut nescio de qualem hominem", nicht [121]) mehr genügen liess, sondern, wenn der Gewähre mangelte, Reinigung nur durch Nachweis eines Kaufs „in mercato ante duos aut tres homines" (als testes) gestattete.

Wir sehen also: Durch den Kauf vom Unbekannten gewann im Anefangsprozess die Frage der Redlichkeit des Dritterwerbs, die sonst hinter dem Gewährenzug verschwand, entscheidende Bedeutung. Die Redlichkeit war Nichtwissen, dass der unbekannte Verkäufer (oder einer seiner Vormänner) die erkaufte Sache gestohlen habe (l. Visig. l. c.: „quod eum furem nescierit", l. Bai. l. c.: „si quis de fure nesciens conparavit"), also Unkenntnis der Furtivität der Sache. Ihre Bedeutung lag auf der strafrechtlichen Seite. Wir sehen weiter: Objektives Redlichkeitsmerkmal von besonderer Beweiskraft wurde hier schon im langobardischen Edikt die Tatsache des Kaufschlusses auf dem Markte. „Der Grund ist" — ich

---

[120]) Meyer a. a. O. S. 111, 116 ff., ebenso das oben zitierte Gesetz Wilhelm's des Eroberers.

[121]) H. Meyer S. 111 [1] entnimmt aus der Stelle das Gegenteil, weil er übersieht, dass hier „nisi", wie so besonders häufig im langobardischen Edikt, mit „sondern" zu übersetzen ist. In allen Richtungen zutreffend wird das Gesetz erklärt von Del Vecchio im Archivio giuridico 20 S. 244—248.

kann ihn nicht besser kennzeichnen, als mit den Worten Heusler's (Instit. II S. 215) — „dass der Käufer in solchem Falle nicht verpflichtet erscheint, sich die Person seines Verkäufers genau zu merken[122]), um ihn nötigenfalls als Autor stellen zu können, und dass bei Ausbietung einer Sache auf offenem Markte der Verdacht des Diebstahls nicht aufkommt". Die Umstände des Marktverkehrs waren am besten geeignet, das unter anderen Umständen gegen die „excusatio ignorantiae" lebhaft sprechende Verdachtsmoment zu zerstreuen. Wir sehen endlich: Dieses Redlichkeitsmerkmal wurde bereits von Liutprand so sehr gewertet, dass er es beim Pferdekauf vom Unbekannten[123]) zur notwendigen Voraussetzung des Reinigungsbeweises machte.

Darin liegt das Wesentliche der späteren Entwickelung schon andeutungsweise vor uns. Der Marktschluss trat mehr und mehr als hauptsächliches Ersatzmittel für den wegen Unauffindbarkeit des Verkäufers versagenden Gewährenzug beim Reinigungsbeweise des Anefangsprozesses hervor. Ja, er wurde in den meisten Rechten — nach dem Vorgang von Liutpr. 79 beim Pferdekauf — das einzige zugelassene Ersatzmittel, so z. B. im Sachsenspiegel (oben S. 38) und in den von ihm abhängigen Rechten, ebenso im Schwabenspiegel (Lassb.) c. 317, im Freiburger, Augsburger Stadtrecht (oben S. 38) und vielen anderen. Oft wurde er noch zu stärkerer Sicherstellung der Redlichkeit näher umschrieben als Abschluss auf offenem, freiem, gemeinem, gesetztem Markte, bei hellem Tag, bei scheinender Sonne[124]). Zum Teil trat neben den Beweis des Marktschlusses noch der auf das Nichtwissen der Furtivität gestellte Reinigungseid als Eineid, so dass, wie im Freiburger Stadtrecht, Kauf ab ignoto, in publico foro, pro non furato vel predato zu be-

[122]) Man denke besonders an Karawanenmärkte, Kirchweihmärkte und Jahrmärkte. Rietschel, Markt und Stadt S. 38 ff., 46 ff.

[123]) Nicht etwa sollten alle Pferdekäufe überhaupt nur auf dem Markt abgeschlossen werden, wie Meyer a. a. O. anzunehmen scheint. Wer seinen Gewähren hatte, der für ihn eintrat, für den war es gleichgültig, ob er auf dem Markt abgeschlossen hatte oder nicht. Er brauchte keinen besonderen Reinigungsbeweis.

[124]) Belege bei Meyer S. 104 ff., 108 ff.

schwören war, zum Teil bedurfte es nicht noch eines besonderen Redlichkeitseides, so dass, wie im Schwabenspiegel, der Beklagte nur zu beschwören hatte, „er habe ez gekouffet uf dem gemeinen marckte, ern wisse von wem“. Ihren bezeichnendsten Ausdruck erhielt die Bedeutung des Marktkaufes für den Anefangsprozess, indem man den Markt selbst zum Gewähren machte. „Man tucht (zieht) upten senten (= setten, gesetzten) market“, so heisst es im Lübisch-Hamburgischen Recht art. 334 (von 1270)[125]. Noch schärfer in Li Usage de Borgoigne XII: „m'en ert li marchiez garant, se mestier est“[126], d. h. mir wird dafür der Markt Garant sein, wenn es nötig ist. — Solange die Fahrnisverfolgung und in ihrem Rahmen der Gewährenzug noch kriminelle Funktionen erfüllten, musste der Marktkauf als Ersatz des fehlenden Gewähren seine Bedeutung behalten. Noch im Usus Modernus ist diese seine Bedeutung nach Wellspacher's[127] Nachweisen eine offensichtliche. Aber auch abgesehen davon und darüber hinaus konnte er für die selbständige, vom Zivilistischen losgelöste Strafverfolgung seine Rolle behaupten als ein vor anderen hervorragendes Anzeichen zugunsten desjenigen, der „seinen verkauffer und whermann nit anzeigen wolt“, dahin, dass er dennoch „solche gutter ungeferlicher, unstrafflicher weisse mit einem guten glauben an sich pracht hab“ (Art. 43, vgl. 38 C. C. C.).

Zu 2. Schwieriger war das privatrechtliche Problem zu lösen, das der Kauf vom Unbekannten aufgab. Wie stand es hier mit dem nach unseren obigen Ausführungen von der Rechtsordnung bewusst ins Auge gefassten wirtschaftlichen Ausgleich? Die Unauffindbarkeit des Gewähren machte es unmöglich, von ihm als dem schuldigen Zwischenmann eine gleichzeitige wirtschaftliche Heilung des von ihm gestörten Rechtszustandes nach beiden Seiten, der Seite des Klägers und der des Beklagten, zu erzwingen. Das mittelalterliche Recht[128] entschied aber mit zähem Festhalten, ohne jedes

[125] Hach, Das lübische Recht S. 507.

[126] Ich zitiere nach Franken a. a. O. S. 283.

[127] a. a. O. S. 653.

[128] auch das altschwedische Recht nach v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht I S. 565 („Klagt gegen den Käufer ein Dritter wegen un-

Wanken oder Abweichen, genau wie im Falle, wo der Gewährenzug möglich war: Dem Bestohlenen muss seine Sache werden. Dies unbeirrt auch da, wo zugunsten des Dritterwerbers das in der ignorantia auctoris liegende Verdachtsmoment durch den Reinigungsbeweis ausgeglichen war, und zwar nicht etwa bloss, wo es strafrechtlich, so dass die Diebstahlsbusse sich verbot, ausgeglichen war, sondern auch, wo, wie beim Marktkauf, alle Anforderungen, die man an die Redlichkeit des Erwerbs stellen durfte, erfüllt waren, sozusagen eine zivilistische optima fides vorlag.

Das ist der Punkt, wo dieser Satz: „Der Bestohlene muss seine Sache wieder haben“ seine praktische Tragweite am stärksten bewährte. Richtig kann eine Rechtfertigung des Satzes daher nicht sein, die an diesem Punkte versagt.

Es versagt aber hier, wie oben II a. E. dargelegt ist, die Theorie von derjenigen Offenkundigkeit des dieblichen Verlustes, die nach dem Durchschnittsmass der Fälle einen Vorwurf der Fahrlässigkeit gegen Dritterwerber übrig lässt.

Es scheitert hier vollständig die Zycha'sche Theorie von dem im deutschen Recht lebenden Grundgedanken, dass der redliche, rechtmässige Erwerb als solcher Eigentum verschaffe und infolgedessen das bisherige Eigentum eines anderen zur Aufhebung bringe. Schon oben (I) war dargetan, dass dieser Gedanke bei den anvertrauten Sachen nicht passe. Was die gestohlenen Sachen anlangt, so kann Zycha selbst der Wahrnehmung, dass sie schon nach den allerältesten Quellen auch gegen redliche Dritterwerber verfolgbar sind, sich selbstverständlich nicht verschliessen. Er verlegt darum hier die Geltung jenes Grundgedankens in ein „vorhistorisches“ [129]) Stadium, wo die mit der Diebstahlsklage verbundene und von dieser beherrschte Restitutionsklage nur gegen den Dieb und

---

freiwilligen Besitzverlustes und vermag Käufer nicht den Verkäufer zur Stelle zu schaffen, so verliert er die Ware an den Kläger. Der Beweis des Strassen-, Markt-, Budenkaufs rettet ihn nur vor der Diebstahlsinzicht“). Ebenso das englische Recht noch des 13. Jahrh. nach Pollock and Maitland, History of english law before the time of Edward I, 2. ed. II S. 164f., vgl. auch Heymann in der Holtzendorff-Kohler'schen Encykl. I S. 823.

[129]) a. a. O. S. 121.

den um den Diebstahl wissenden Dritterwerber gegangen sei. Die „historische“ Anefangsklage mit ihrer Wirksamkeit auch gegen redliche Drittinhaber bedeute bereits ein Ablenken von dem Grundgedanken, eine „jüngere Institution“, lediglich in einer „sekundären Erscheinung“, einer Folge des „odium furum“ beruhend, nämlich in dem Streben, durch das Mittel des Gewährenzuges „den Dieb in dem Besitz des gestohlenen Gutes als des corpus delicti zu ereilen“ [130]). — Gewiss hat ein solches Streben bei der Einrichtung des Gewährenzuges entscheidend mitgespielt; das ist die allgemeine Meinung [131]). Aber, wo dieses Streben ausser Betracht blieb, wo der Gewährenzug und damit jene ganze durch das odium forum eingegebene, sekundäre Erscheinung versagte, wo der Dieb auf diesem Wege gar nicht ereilt werden konnte, musste da nicht jener Grundgedanke, wenn er Realität besass, mit sozusagen elementarer Gewalt durchbrechen, namentlich wo er durch die den Marktverkehr begünstigende Stadtrechtsentwickelung noch besonders gestützt war? Das war aber der Fall bei dem Kauf vom Unbekannten, namentlich in der Gestalt des Marktkaufs. Und dennoch auch hier keine Spur von einem Eigentumserwerb des Dritten an der gestohlenen Sache trotz optima fides!

Zwar macht Zycha in einer Anmerkung [132]) den Versuch, das odium furum auch auf den Fall des Kaufs vom Unbekannten übergreifen zu lassen, indem er behauptet, der Herausgabezwang sei hier „eine Sanktion auf die Nichterfüllung der Pflicht zur Wiederherstellung des vorigen Standes“ gewesen, was ich dahin verstehe: der Beklagte habe hier gerade durch die Herausgabepflicht bestraft werden sollen für die Verhinderung des „rem in tertiam manum mittere“ durch seine Unkenntnis des Auktors. Und er berührt sich darin mit London, der bereits in ausführlicher Darlegung hier eine „strafprozessualische“ Erklärung dahin gegeben hat: es sollte der Kläger

---

[130]) S. 115 ff., S. 121.

[131]) z. B. Sohm, Prozess der lex Salica S. 112; London, Anefangsklage S. 183 ff.; Brunner, RG. II S. 496, 510. Das haben schon die Juristen des Usus modernus deutlich hervorgehoben, vgl. Wellspacher a. a. O. S. 653, 667 [109].

[132]) S. 116 [85].

durch die Versäumung der dem Beklagten im Strafinteresse auferlegten Verpflichtung, seinen Gewähren zu kennen und zu stellen, ausser dem Entgehen der Diebstahlsbusse wenigstens nicht noch ein „damnum emergens“ in Gestalt des Verlustes der Sache erleiden [133]). Indessen, ob man einer prozessualischen Pflichtversäumnis, einer schuldhaften Parteihandlung oder -unterlassung die Folgewirkung der Begründung einer zivilrechtlichen Herausgabepflicht anstatt ihrer Bestrafung mit Busse und Wette zuschreiben darf, erscheint mir nicht unzweifelhaft. Keinesfalls passt die Erklärung zur Erscheinung des auf eine bestimmte Zahl von Schüben beschränkten Gewährenzugs [134]), wo der Gewähre, bei dem der Schub ohne seine Schuld, ohne jede Pflichtversäumnis von seiner Seite, abbrach — auch wenn er es konnte, durfte er hier ja die Sache nicht weiter schieben! — dennoch zur unmittelbaren Herausgabe an den Kläger verpflichtet war: Das Diebsermittelungsinteresse ist zurückgetreten, von einer prozessualischen Pflichtversäumnis ist keine Rede, und trotzdem muss der Bestohlene auch hier wieder seine Sache haben — ein guter Beleg für das Überwiegen der zivilistischen gegen die kriminelle Funktion der Anefangsklage! Die Herausgabepflicht des Marktkäufers aber als Folge einer Pflichtversäumnis hinzustellen, wird durch die deutliche Wertung dieser Erwerbsart als einer von jedem Vorwurf freien, durch die Vorstellung ausgeschlossen, dass der Markt den Gewähren ersetzt, dass der Markt selbst der Gewähre ist.

Zycha [135]) sieht noch in Roth. 231 (letzter Satz) und in l. Visig. XI 3, 1 „klarste Offenbarungen“ des nach ihm im Grunde der Rechtsbildung ruhenden Gedankens. Aber die erste Stelle, nach welcher gegen den Inhaber einer ancilla, wenn er Kauf von einem inzwischen erbenlos Verstorbenen, „cuius res ad curtem regis ceciderunt“, zu beschwören vermag, „nulla sit repetitio“, wird erst durch Roth. 223: „quia postquam ad manum regis pervenit, terminum posuit et sine debitum aut aliquam repetitionem cecidit“ richtig erklärt. Die curtis regia war

---

[133]) Anefangsklage S. 316 ff., besonders S. 317, 329, 331.

[134]) Darüber Brunner, RG. II S. 502 f.

[135]) S. 122 [89]. Über die in Note 90 durchaus mit Unrecht verwendeten Stellen, wo der sogen. Lösungsanspruch einspielt, unten S. 50 u. Anm. 142.

gegen die Anefangsklage gefeit; sie war also für den mit der Anefangsklage Angesprochenen der beste Gewähre, den er haben konnte. Bezog er sich rechtmässig auf diesen Gewähren, so konnte der Kläger diesem gegenüber den Anspruch weder kriminell noch zivilistisch aufrecht halten und unterlag. Das war der Grund, weswegen der Beklagte die ancilla behielt, nicht aber, wie Zycha meint, seine Redlichkeit, um deren willen er hätte vor dem Versagen des gegen die curtis regia undurchführbaren Preisersatzanspruches geschützt werden sollen. Er braucht ja auch keinen Unschuldseid dahin, dass er nicht Diebsgenosse sei, zu leisten. Die zweite, berühmte, viel behandelte[136]), westgotische Stelle von dem an „provinciales nostri" (sc. regis) verkaufenden „transmarinus negotiator" schützt allerdings die Redlichkeit im Zycha'schen Sinne, nämlich nicht bloss vor der Diebstahlsbusse, sondern auch, wie Dahn überzeugend nachgewiesen hat, gegen die Sachverfolgung. Aber hier handelt es sich um vom Ausland ins Inland transportierte Waren; die Vorschrift gibt sich deutlich als ein Stück Fremdlingsrecht[137]). Der bestohlene Ausländer soll vor dem redlichen Inländer weichen. Darum kann man auch nicht diesen isoliert stehenden Satz — auch darin stimme ich Dahn durchaus bei — als Beleg für das Walten eines germanischen Rechtsgedankens verwenden, weder im Zycha'schen Sinne der Eigentumserlangung durch redlichen Erwerb noch auch, wie Meyer will, im Huber'schen Sinne der Unwirksamkeit des hier der Publizität ermangelnden vitium gegen Dritte[138]). —

---

[136]) Besonders Dahn, Westgotische Studien S. 93 ff., Zeitschr. f. Handelsr. 16 S. 404 ff.; Bausteine II S. 323 ff.; Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. 8 S. 262 [8] und Universalgeschichte S. 111 [51], 300 [4]; Brunner, RG. II S. 507; H. Meyer, Entwerung S. 141 ff., 259 ff.

[137]) So auch Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. 8 S. 262 [8], der aber darin ausserdem eine Äusserung eines altgermanischen Prinzips erblickt, dass nämlich der Vindikant dem sich auf seinen Gewähren ziehenden Beklagten nicht über See zu folgen brauche — dies, was Meyer S. 143 hervorhebt, gewiss mit Unrecht, da letzteres Prinzip ja gerade zugunsten des Vindikanten wirkt.

[138]) Auch bei den lübischen Bestimmungen über das über See und Sand gebrachte Gut (darüber Meyer S. 142—147) handelt es sich um Fremdlingsrecht. Besonders bezeichnend ist, dass hier für Importen aus dem be-

Wir haben festgestellt, dass im deutschen und französischen Recht des Mittelalters auch gegenüber dem Käufer vom Unbekannten und dem Marktkäufer ausnahmslos[139]) der Satz festgehalten ist: Der Beklagte muss die Sache herausgeben. Er muss es tun, obwohl er den wirtschaftlichen Ausgleich, den er sonst von dem Gewähren bekommt, hier wegen des Fehlens eines solchen entbehren muss. Denn der Markt kann ihm natürlich nur für den Reinigungsbeweis, dadurch, dass er seinen Erwerb zu einem vorwurfsfreien, redlichen und daher straflosen macht, den Gewähren ersetzen. In jener anderen Richtung bleibt dagegen ein empfindliches Vakat.

Dass dies von Anfang an im Rechtsbewusstsein empfunden wurde, dürfen wir nach unseren früheren Ausführungen (oben S. 39 ff. unter 2) erwarten. „Tunc post praestitum sacramentum reddat caballum, et sit sibi contemtus", heisst es in Roth. 232. Ich weise auf den Schluss in l. Visig. VII 2, 8: Wenn der Bestohlene selbst, der nach diesem Gesetz auch seinerseits den Dieb zu suchen pflichtig ist, das Vakat dadurch verschuldet hat, dass er „furem noverit, et eum publicare noluerit", so soll er trotz des an sich begründeten Anefangs die Sache schliesslich doch an den Beklagten verlieren. Häufig, wie z. B. im Ssp. II 36 § 4, wird ausdrücklich hervorgehoben, dass der Marktkäufer die Pfennige verliert, die er um das Gut gab. „Geld und Gut aber muss er zugleich entbehren", sagen die Lübecker Statuten von 1586 (IV 1, 9). Der Richtsteig Landrechts 13 § 5 formuliert sogar eine besondere Frage an die Schöffen: „oft he (der Kläger) jenen (Bekl.) um dat gelt, dar het umme kofte, icht tu rechte antwerden dorve" und lässt die Schöffen darauf das Urteil finden: „he ne dorve"[140]).

Aus diesem Milieu heraus ist der sogenannte Lösungsanspruch erwachsen. Im angelsächsischen Recht taucht er in einem vereinzelten, lokalen Rechtssatz schon sehr frühe (7. Jahrh.)

nachbarten Binnenland die Bedingungen für den Bestohlenen günstiger gesetzt sind: er verschweigt sich erst binnen Jahr und Tag. Das ist ein deutschrechtlicher, auf der Publizitätswirkung der Gewere beruhender Gedanke. Vgl. oben Anm. 100 u. 104.

[139]) Vgl. oben Anm. 109 u. 128.

[140]) worauf London a. a. O. S. 338 hingewiesen hat.

auf: zugunsten eines offenkundigen, unverhohlenen Kaufs in der Stadt London; wenn der Käufer seinen Gewähren nicht kennt, nur in diesem Falle, soll er hier vom Anefangskläger den Ersatz des Preises verlangen können[141]. In Deutschland zeigt sich der Lösungsanspruch erst vom 13. Jahrhundert an[142], aber vor der Rezeption nur in sehr wenigen, freilich räumlich weit voneinander entfernten Quellen[143], immer nur, was auch Meyer betont, beim Marktkauf. In Frankreich arbeitet sich der Lösungsanspruch noch im Mittelalter zur überwiegenden Rechtsgestaltung heraus, auch hier in unverkennbarem Anschluss an den Marktkauf als Kauf vom Unbekannten. Man vergleiche z. B.

Coutumes de Montpellier v. 1204 ch. 20 (Giraud, Essai sur l'histoire du droit français au moyen-âge I Anhang S. 53): „Si quis . . . rem . . . publice venalem bona fide putans esse illius qui vendit, emerit, ... facto sacramento ab emptore quod nescisset furatam vel alienam esse, et non possit venditorem exhibere, dominus rei restituit emptori solum hoc quod in ea emptor dedit, et rem suam recuperat“ (dazu Meyer S. 135) und

Beaumanoir, Coutumes de Beauvoisis XXV 22: „. . . se cil qui a le coze l'aceta en marcié commun, comme cil qui creoit que li venderes eust pooir du vendre et ne connoist le vendor, ou il est en tel liu qu'il ne le pot avoir à garant: en tel cas, cil qui porsuit se coze . . . ne le r'aura

---

[141]) Hlothar und Eadric 16 (ed. Liebermann S. 11), dazu: Brunner, RG. II S. 507[83]; Meyer S. 127 f.

[142]) In l. Visig. VII 2, 8 und der daraus verkürzt entnommenen l. Baiu. IX 7 ist die Herausgabe der Sache an den Kläger gegen Empfang des halben Kaufpreises nur vorläufige Prozessmassregel für die Zeit der beiderseitigen Suche nach dem Dieb. Das hat Meyer S. 258 f. dargetan. Ich weise zur Bestätigung noch auf das „ex integritate reformet“ und das „ex toto amittat“ in der westgotischen Stelle hin und auf die Ähnlichkeit mit der langobardischen Sitte der Preisrückzahlung im voraus zur Sicherung des Beklagten gegen seinen Gewährsmann (oben Anm. 119). — In l. Burgund. constit. extrav. XXI 9, ed. von Salis S. 121 (ed. Bluhme 107, 8 S. 576) handelt es sich um ein transitorisches Ausnahmegesetz in Kriegszeiten über einen Kauf vom feindlichen Volksfremden.

[143]) Vgl. die Zusammenstellung bei Meyer S. 128—131.

pas, s'il ne rent ce que li aceteres en paia; car puisqu'il l'aceta sans fraude et en marcié, il ne doit pas recevoir le perte de son argent por autrui meffet".

Auch wo vom Marktkäufer verlangt wird, dass er „ait usé et acostumé à acheter tiex choses", bekommt er sein Geld vom Kläger doch nur ersetzt, wenn er die bisherige Unerreichbarkeit seines Garanten beschwört und, dass er ihn, wenn er ihn künftig treffe, vor Gericht bringen werde (Établissements de St. Louis II 18, ähnlich Livre des droiz 109, 324)[144]. Freilich sind in späteren französischen Quellen die Voraussetzungen teilweise gemildert, indem z. B. dem Markterwerb anderer öffentlicher Erwerb gleichgestellt ist oder das Fehlen des Gewähren nicht ausdrücklich als Vorbedingung des Preisersatzanspruches gesetzt ist[145]).

Wie man nun den Lösungsanspruch historisch und juristisch aufzufassen hat, kann nach allem früher Gesagten nicht zweifelhaft sein.

Er hat sich im germanischen Recht ohne fremdrechtlichen Einfluss als Ausläufer des Kaufs vom Unbekannten entwickelt. Er füllt eine Lücke aus, die hier durch den Ausfall des Gewähren entstanden ist, und zwar die eine der beiden Lücken, die auf privatrechtlichem Gebiete entstandene. Er soll dem Anefangsbeklagten den wirtschaftlichen Ausgleich für die Entziehung der Sache bieten, den im Normalfall der Gewähre hätte leisten müssen. Er ist also Ersatz für den nicht realisierbaren Gewährschaftsanspruch des Beklagten gegen seinen Verkäufer, gerichtet auf das Minimum der Gewährschaftsleistung, nämlich nur auf den Ersatz des gezahlten Kaufpreises, nicht auch auf Interesse oder poena dupli (vgl. oben Cout. de Montpellier l. c.: „solum hoc quod in ea emptor dedit"). Er wahrt auch in der Art seiner Befriedigung den von der Rechtsordnung seit Alters im Auge behaltenen Zusammenhang mit dem Anspruch des Anefangsklägers auf Herausgabe der Sache, er geht deshalb auf Leistung Zug um Zug gegen den Empfang der Sache.

Er setzt an die Stelle des fehlenden Gewähren den Kläger

[144]) Erstere Stelle éd. Viollet II S. 394 f., letztere nach Franken S. 280 f.

[145]) Vgl. die von Meyer S. 134 ff. zitierten Quellenstellen.

als Gewährschaftsverpflichteten. Das ist ein enormer Eingriff in die Rechtssphäre des Klägers. Nur die stärksten Antriebe haben diesen Eingriff durchzusetzen vermocht. Das Gros der deutschen Rechte hat ihnen andauernd widerstanden. Die Antriebe lagen im Marktkauf und in den Marktverhältnissen. Sie erzeugten eine doppelte Wirkung.

Einmal schuf der Marktkauf den Typus des redlichen Erwerbs. Er schuf ihn zunächst und schon sehr frühe und durchgehends in allen germanischen Rechten für das strafrechtliche Gebiet, für die Befreiung von der Diebstahlsbusse. Er füllte damit die andere der beiden Lücken aus, die beim Kauf vom Unbekannten durch den Ausfall des Gewähren entstanden. Der Marktkäufer soll um seiner typischen Redlichkeit willen nicht schlechter stehen, als derjenige, welcher seinen Gewähren hat, — das war der entscheidende Gedanke. Er wurde allmählich so mächtig, dass er auch auf privatrechtlichem Gebiete empfunden wurde und nach Verwirklichung drängte. „Puisqu'il l'aceta sans fraude et en marcié, il ne doit pas recevoir le perte de son argent por autrui meffet“ (vgl. oben), so wird im klassischen Lande des Lösungsanspruchs von Beaumanoir der Preisersatz gerechtfertigt. Der Marktkauf hat schon vor dem römischen Recht den redlichen Erwerb in die zivilistische Ordnung der Fahrnisverfolgung eingeführt[146]).

Zweitens erwuchs aus den Marktverhältnissen die Idee des Verkehrsschutzes im Markt- und Handelsinteresse. „Cil avoue bon garant“, sagt Beaumanoir an anderer Stelle (XXXIV 47, dazu Franken S. 281 nr. 14), „. . . s'il l'aceta en plain marcié commun . . .; car por ce sont li marcié establi, c'on y puist vendre et aceter communement“. Und § 40 der Handfeste für Leobschütz von 1270 leitet die Bestimmung über

[146]) Hierin stimme ich mit Franken S. 302 ff. durchaus überein. Der Marktschluss war ein objektives, typisches Redlichkeitsmerkmal, an ihn konnten später andere Typen der Redlichkeit sich ansetzen und schliesslich die römische, subjektive bona fides des Einzelfalles (S. 306 ff.). Die Ausführungen Meyer's (S. 140, 293 ff.) hiergegen sind wegen der falschen Verwendung des Öffentlichkeitsmomentes (vgl. oben den Text) verfehlt.

den Lösungsanspruch[147]) mit den Worten ein: „Item, in die forensi tanta est libertas fori publici".

Der grundlegende Gedanke[148]) ist also: Im Interesse des Verkehrsschutzes soll der eines erreichbaren Gewähren darbende Dritte dem Dritten, der seinen Gewähren hat, wirtschaftlich gleichgestellt werden. Rechtfertigungsgrund ist die Redlichkeit des Erwerbs. Mittel, dieses Ergebnis herbeizuführen, ist der subsidiäre Eintritt des die Sache Zurückfordernden in die materielle Gewährschaftspflicht. Das Rückforderungsrecht selbst wird dadurch nur insofern berührt, als seine Verwirklichung durch die Erfüllung der Gewährschaftspflicht bedingt wird (Leistung Zug um Zug); insofern wird es zu einem Recht auf Einlösung, statt auf bedingungslose Herausgabe.

Diese Erklärung nähert sich am meisten der von London[149]) gegebenen, deren strafprozessualischer Ausgangspunkt aber nach der obigen Darlegung (Text zu Anm. 133) ein unrichtiger ist. Sie setzt sich in Gegensatz zu den übrigen, bisher in der Literatur vertretenen Ansichten.

Nach Franken[150]) gibt der ehrliche Aufwand für die Sache dem Beklagten einen konstitutiven Titel für den Erwerb der Sache. Aber das Angebot der Erstattung dieses Aufwandes seitens des Klägers räume diesen Titel aus; denn seine Ablehnung würde die bona fides des Beklagten beseitigen. — In Wirklichkeit erwirbt der Beklagte aber Eigentum an der Sache nicht, und würde er es konstitutiv erwerben, so wäre nicht einzusehen, warum er es nicht gegen den Kläger soll voll zur Geltung bringen können. Mit Recht hat London[151]) in jener Aufstellung einen Zirkelschluss gefunden[152]).

Zycha[153]) geht von seinem Grundgedanken aus, dass nach

[147]) Tzschoppe und Stenzel, Urkundensammlung zur Geschichte des Ursprungs der Städte . . . in Schlesien und der Ober-Lausitz (1832) S. 379. Dazu Meyer S. 129 f.

[148]) Ich ziehe aber dabei nur die mittelalterliche Gestaltung des Lösungsanspruches in Betracht.

[149]) Anefangsklage S. 336 ff.

[150]) Pfandrecht S. 296 ff., 302 ff.

[151]) S. 340.

[152]) Vgl. gegen Franken auch Meyer, Entwerung S. 124 f.

[153]) S. 121 f.

germanischem Recht jüngerer redlicher Erwerb Eigentum verschaffe und das bisherige Eigentum aufhebe. Wo dieser Gedanke wegen des odium furum ausser Anwendung bleibe, gebe es doch für den redlichen Erwerber „Schutz des Entgelts". In diesem Sinne wirke der Gewährenzug. Fehle ein Gewähre und sei der Erwerber doch redlich, so müsste, da ja hier das odium furum nicht durchgreife, der Grundgedanke wieder zur Anwendung kommen. Das wäre das richtige. Er „offenbare sich" hier aber nur in einem Minus in Gestalt wenigstens der „Aufhebung des Schadens des Sachverlustes", in Gestalt einer „Halbheit" (S. 148). — Jener Grundgedanke ist oben eingehend widerlegt worden; damit fällt das Weitere.

H. Meyer[154]) lässt auch hier den Publizitätsgedanken einspielen. Die Öffentlichkeit des Erwerbs des Beklagten sei das Entscheidende, insbesondere der Marktkauf sei öffentlicher Kauf. „Bei öffentlichem Kaufe werde die vermögensrechtliche Leistung für die Sache kundbar und somit (!) rechtlich geschützt" (S. 124), und zwar in der Weise, dass „dem vitium der Furtivität und dem daraus entspringenden Anspruch auf Wiederherstellung der früheren Gewere die Publizität des Erwerbes und der daraus entspringende Gegenanspruch auf Ersatz des Kaufpreises entgegentrete" (S. 140). „Der Rechtsgrund des Lösungsanspruches sei zweifellos die Kundbarkeit des Erwerbes". „Der Beweis der Unverdächtigkeit des Erwerbs sei allerdings unumgänglich erforderlich, wenn der Erwerber durch den Erwerb Rechte erhalten wolle; sie sei aber nicht Rechtsgrund, sondern Voraussetzung, da der Erwerb, wenn die Reinigung vom Verdachte nicht erfolge, als deliktmässig gelte und durch deliktmässige Handlungen Rechte nicht erworben werden könnten" (S. 295).

Gegen diese Verwendung des Publizitätsgedankens muss ich mich auf das Entschiedenste erklären.

„Forum, mercatum publicum" wird mit „offenem, freiem, gemeinem, gesetztem Markt, marché le rei, marchié commun,

---

[154]) S. 123 ff., 127, 129, 140, 294 ff. Den Anstoss gab wohl die Bemerkung Huber's in Gewere S. 15[27] (vgl. darüber oben Anm. 109). Vgl. auch Wellspacher a. a. O. S. 636[14].

plaine foire, loial marchiez" durchaus identisch gebraucht. Es ist der ordentliche, recht- und gesetzmässige, mit Marktfrieden unter Königsbann ausgestattete[155]) Markt. Auf eine Publizitätsfunktion des Marktes im obigen Sinne deutet der Ausdruck gewiss nicht hin. Der Markt würde sie auch am allerwenigsten erfüllen können. Der einzelne Kauf soll durch den Abschluss auf dem Markt kundbar werden? Im Gegenteil, er verschwindet dort geradezu unter der Masse der abgeschlossenen gleichartigen Geschäfte. Und sogar speziell auf die Preiszahlung (nicht auf die Sachübertragung) soll die Kundbarkeit gerichtet sein? Und diese Art von Kundbarkeit soll der tiefste Grund sein für jenen enormen Eingriff in die Rechtssphäre des Klägers, wie ihn der Lösungsanspruch bedeutet? Das ist nicht glaublich.

Meyer wertet nicht genug den Zusammenhang mit dem Kauf vom Unbekannten. Der Marktschluss ist der Adelsbrief für den letzteren. Er tilgt den Makel der Verdächtigkeit dieser Art des Kaufs und prägt ihm den Stempel der Redlichkeit auf. Das ist oben (S. 42 ff.) unter Heranziehung der treffenden Worte Heusler's dargetan. Dabei spielt auch die Öffentlichkeit des Vorgangs eine Rolle, aber nicht im Meyerschen Sinne, sondern als ein Zeichen (unter anderen) der Unverdächtigkeit, Redlichkeit des Kaufs im Gegensatz zum verdächtigen, heimlichen Tun. Ich kann mich hierin nur den Ausführungen Franken's (S. 306) anschliessen und halte die Polemik Meyer's (S. 295) dagegen für verfehlt.

Als ein solches Redlichkeitsmerkmal wirkt der Marktschluss in Deutschland und Frankreich jahrhundertelang zugunsten der Straflosigkeit des Marktkäufers. Das muss im Grunde auch Meyer zugestehen. Und nun mit einem Male, als der Marktschluss auch privatrechtlich, in der Richtung des „Lösungsanspruches", zu wirken beginnt, soll hier diese Wirkung eine gänzlich andere sein, nicht mehr eine Wirkung der Redlichkeit des Kaufs, sondern seiner Kundbarkeit?

Endlich betrachte man das Wesen dieser angeblichen Publizitätswirkung des Marktkaufs. Gegen wen richtet sie

---

[155]) Rietschel, Markt und Stadt S. 199 ff.

sich? Gegen den Bestohlenen, Entwerten. Er soll ja dadurch mit dem Zwang zur Einlösung belastet werden. Für ihn, den Abwesenden, der später seine Sache unter dem Käufer findet, ist jener Marktschluss gewiss nicht erkennbar gewesen. Nur im Zusammenhang mit der Verschweigung[156]) könnte ich mir überhaupt eine solche rechtsmindernde Publizitätswirkung vorstellen. Von einer Verschweigung ist hier aber keine Rede.

IV.

Ich fasse das Ergebnis der obigen Erörterungen unter II und III dahin zusammen: Die Verfolgbarkeit der abhanden gekommenen Sachen gegen Dritte kann nicht aus dem Publizitätsgedanken hergeleitet werden, sondern steht im Gegensatz zu ihm — es gibt hier trotz des Fehlens des mit der Gewere verloren gegangenen und anderweitig nicht ersetzten Publizitätsmittels dennoch eine Klage gegen jeden Dritten!

Wie ist dies zu erklären? Welches war der gegenwirkende Gedanke von solcher Macht, dass er für die Fälle des Abhandenkommens die Wirkung des Publizitätsgedankens auszuschliessen vermochte?

Die Erklärung darf nicht allein im kriminellen und im prozessualischen Bereich gesucht werden. Dass dorther entnommene Momente für die Einrichtung des Gewährenzuges bestimmend waren, haben wir oben (S. 46) betont. Durch den Zug von dem einen Gewähren zum anderen sollte der Dieb ermittelt, durch das Hinaufschieben der gestohlenen Sache durch die Reihe der Gewähren sollte er im Wege der leiblichen Beweisung[157]) überführt, durch beides sollte zugleich die Rechtmässigkeit der Klage, d. h. die Wahrheit der Behauptung des Klägers, dass er seiner Gewere dieblich oder räuberisch entsetzt worden, dargetan werden[158]). Aber, nachdem die Sache diese Mission erfüllt hatte und das Verbrechen strafrechtlich geahndet war, warum kehrte sie dann nicht zu dem Dritten

[156]) Vgl. oben Anm. 100, 104, 138.

[157]) Vgl. besonders London S. 121 f., 187, 204 ff. So kam man zu demselben Endergebnis, wie beim Verfahren auf handhafter Tat (oben S. 23).

[158]) Vgl. Heusler, Gewere S. 491.

zurück, der sie rechtmässig erworben hatte? Warum erhielt sie nunmehr der Kläger? Das musste seinen besonderen Grund haben. Noch viel deutlicher weisen auf einen solchen diejenigen Fälle hin, in denen ohne vermittelnden Gewährenzug der Dritte, bei dem die Sache gefunden wurde, sie direkt an den Bestohlenen herauszugeben pflichtig war. Das war schon nach tit. 37 der lex Salica bei Auffinden der Sache in ununterbrochener, fristzeitiger Spurfolge (oben S. 24 ff.) der Fall. Es war ferner der Fall beim Kauf vom Unbekannten und seinem Ableger, dem Marktkauf. Es traf drittens nach denjenigen Rechten, die den Gewährenzug beschränkten, dann zu, wenn der Schub bei einem rechtmässigen Dritterwerber, also ohne auf den Dieb gestossen zu sein, sein Ende erreicht hatte (oben Anm. 134). Hier war überall die Herausgabepflicht losgelöst von der kriminellen Verfolgung des Diebstahls; das Verfahren hatte das eine Ziel, die Missetat an dem Täter zu sühnen, verfehlt und kehrte nur noch das andere Ziel heraus, dem Bestohlenen wieder zu seiner Sache zu verhelfen, — ein Beweis, dass dieses letztere, wenn nicht das primäre oder das hauptsächliche, so doch das in allen Fällen bleibende, immanente war.

Die Herausgabepflicht des Dritten muss also noch ihre besondere zivilrechtliche Ursache gehabt haben. Darin hat Huber[159]) vollkommen Recht. Diese Ursache ist aber nicht auf seiten des Erwerbers zu finden, in einer gegen ihn sprechenden Diebstahls-, Hehlerei- oder Unredlichkeitspräsumtion — Franken[160]), London[161]) — oder einer typischen, d. h. im Regelfall vorliegenden, Fahrlässigkeit auf seiner Seite (Huber). Derartiges würde immer wieder auf eine Erkennbarkeit, Offenkundigkeit des vitium rei furtivae im Sinne Huber's und Meyer's zurückführen. Die Ursache ist daher auf der anderen Seite, beim Bestohlenen, zu suchen, freilich nicht in einer Wirkung seines dinglichen Rechts, insbesondere etwa seines

---

[159]) Gewere S. 16, vgl. oben S. 18.

[160]) Französ. Pfandrecht I S. 299 ff.

[161]) S. 75, 100. Auch Glasson, Histoire du droit et des institutions de la France VII S. 237 f., nimmt für die fränkische Zeit eine Diebstahlspräsumtion an, die aber später gefallen sei. Gegen die London'sche Unredlichkeitspräsumtion auch v. Amira, Recht[2] S. 130 N. 1.

Eigentums. Dass dieses nicht der Klagegrund der Anefangsklage gegen den Dritterwerber war, kann seit Laband's[162]) überzeugenden Darlegungen m. E. nicht mehr angezweifelt werden. Klagegrund war vielmehr die Tatsache des dieblichen Verlustes der Gewere, des Gewerebruchs.

Der Gewerebruch ist aber Bruch des Rechtsfriedens und soll als solcher nicht bloss an dem Friedebrecher kriminell gesühnt, sondern auch privatrechtlich geheilt werden. Die privatrechtliche Reaktion gegen den Friedebruch zugunsten des Verletzten war im deutschen Recht von besonderer Stärke. Das tritt z. B. in dem ältesten deutschen Landfriedensgesetz, dem Pactus pro tenore pacis der Könige Chlothar I und Childebert I zwischen 511 und 558[163]), darin hervor, dass die centena, in deren Bereich der Diebstahl verübt war, zuallernächst dem Bestohlenen den Wert der Sache ersetzen und dann die Verfolgung des Verbrechers aufnehmen sollte, um ihn der Strafe zuzuführen und sich an ihm schadlos zu halten. „Si furtus factus fuerit, capitale de praesente centena restituat, et causa centenarius cum centena requirat“, sagt auch die ähnliche Vorschrift des c. 11 der für Austrasien erlassenen decretio Childeberti II von 596[164]). War vielleicht auch von den Gesetzgebern diese Gesamthaftung als ein Ansporn zu eifriger Verfolgung gedacht, so muss sie doch ohnedies — das darf man wohl annehmen — der Volksüberzeugung nahe gelegen haben[165]). Ähnliche Gesamthaftungen für Diebstahlsschaden, jedoch auf genossenschaftlicher Grundlage, begegnen uns in den angelsächsischen, besonders den Londoner, Friedensgilden[165a]).

---

[162]) a. a. O. S. 108 ff. Vgl. besonders auch H. Meyer, Entwerung S. 14 ff., ferner Brunner, RG. II S. 509, Gierke, Fahrnisbesitz S. 71 und Encykl. I S. 520, auch Jobbé-Duval in Nouv. rev. h. de droit 4 S. 475. Ebenso Heusler in Gewere S. 491 ff., 502, aber in Instit. II S. 210[2] doch nicht mit vollem Anschluss an Laband.

[163]) M. G. Leges Sectio II Capitularia I p. 3 sqq. ed. Boretius, besonders c. 9.

[164]) ebenda p. 17.

[165]) Vgl. hierzu Brunner a. a. O. S. 147[37].

[165a]) Judicia civitatis Lundoniae (930—940) c. 2 und 6 (Liebermann, Ges. der Angelsachsen I S. 174 ff.), dazu Gierke, Genossenschaftsrecht I S. 229 f.; Hegel, Städte und Gilden I S. 24 ff.

Die beste privatrechtliche Heilung des Friedensbruches war es aber, die gebrochene Gewere wiederherzustellen, dem Bestohlenen, Beraubten, wenn die tatsächliche Möglichkeit durch Entdeckung der Sache und Identitätsfeststellung sich eröffnete, unter allen Umständen wieder zu seiner Sache zu verhelfen. Ich möchte beispielshalber auf eine vom rheinischen Bunde zu Würzburg am 15. August 1256 beschlossene Landfriedenseinung[166]) hinweisen. Dort wird die Notwendigkeit, dem Beraubten sein Gut „gratis, sine aliqua peccunia" zurückzuhändigen, in erste Linie gestellt und besonders auch gerade für den dritten Käufer, der „illam predam emerit inscienter credens se iusta bona comparasse", also für den schuldlosen, redlichen Dritten betont. Er ist die Herausgabe dem Landfrieden schuldig. Es ist die kräftige Reaktion gegen den Friedebruch, welche im deutschen Recht dem Entwerten einen Herausgabeanspruch gegen jeden Dritten, ganz gleichgültig, ob er redlich oder unredlich ist, verschafft. Und wir möchten deshalb wohl auch in c. 38 des Berner Stadtrechts des 13. Jahrhunderts[167]):

> „Quicumque burgensis rapinam scienter seu nescienter emerit, cum ille cui ablata fuerit venerit, et testibus probaverit res illas sibi injuste fore ablatas, tenetur ei reddere absque omni dampno. Et hoc ideo statutum est, ne per unius delictum Civitas patiatur infamiam et detrimentum"

die am Schluss gegebene Begründung nicht mit Huber[168]) auf eine doktrinäre Neigung des Redaktors zurückführen, sondern als Ausdruck eines im Volke wirklich empfundenen Zusammenhangs betrachten. Damit steht im Einklang, dass unser Satz von derjenigen Art der Entwerung ausgegangen ist, bei welcher

---

166) Ed. Weiland in Mon. Germ. Legum Sectio IV T. II (Quartausg.) nr. 428 c. 2 p. 589, auch bei Keutgen, Urkunden nr. 124 S. 88, dazu Gierke, Genossenschaftsrecht I S. 501 ff.

167) Ausg. Welti (1902) in Rechtsquellen des Kantons Bern I 1 S. 16, vgl. auch Kommentar von Zeerleder dazu in der Festschrift zur VII. Säkularfeier der Gründung Berns (1891) S. 70.

168) Zeitschrift des Berner Juristenvereins 10 S. 101 nach dem Zitat von Zeerleder a. a. O. N. 5.

der Bruch des Rechtsfriedens am sinnfälligsten hervortritt (vgl. auch Liutpr. 131: „ruptura casae"), nämlich dem Diebstahl und Raub, und dass er in vielen Rechten noch bis in die spätere Zeit[169]) darauf beschränkt geblieben ist. Mit welcher Schärfe wird dies z. B. noch im c. 58 des Freiburger Stadtrodels (Mitte des 13. Jahrh.)[170]) ausgesprochen: „Nemo rem sibi quoquo modo sublatam repetere vel sibi vendicare audeat, nisi juramento probaverit, eam sibi furto vel preda fuisse sublatam!" Nur, wo flagranter Friedensbruch vorliegt, soll der Drittbesitzer dem Verletzten weichen müssen! Wo aber dann andere Fälle des Gewerebruchs unter den Anefang mit einbezogen werden, wird dies gelegentlich, wie z. B. im Rechtsbuch nach Distinktionen IV 42 d. 4 bezüglich der abgetragenen Sachen (oben S. 16 u. S. 33), durch die Gleichstellung mit Diebstahl oder Raub gerechtfertigt: „czu deme gute mag sich dy fruwe adder der herre zcin selbderte, glicherwis al ab is on vorstoln wer adder ab is geroubet wer" [171]). Auch verlorene Sachen erscheinen wohl unter dem Gesichtspunkt anefangbar, dass das Verschweigen des Fundes einem Diebstahl ähnlich behandelt wird[172]). Schliesslich bildet sich durch den Hinzutritt dieser und anderer Fälle zu der andauernd an erste Stelle gesetzten Entwerung durch Friedebruch, unter allmählicher Herauskehrung eines kontradiktorischen Gegensatzes zum Handwahre-Hand-Gedanken, der Oberbegriff des unfreiwilligen Gewereverlustes heraus, und es wird im ganzen Bereich dieses Begriffes die abhanden gekommene Sache gegen alle Dritterwerber verfolgbar.

Der Drang, die Wirkungen des Friedebruchs auszulöschen, den privatrechtlichen Zustand wiederherzustellen, wie er vorher bei ungebrochenem Rechtsfrieden bestand[173]), hat also für den

---

[169]) Vgl. die eingehenden Nachweise bei Meyer S. 42 ff.

[170]) Gaupp, Stadtrechte II S. 36.

[171]) Dazu Meyer S. 59.

[172]) Meyer S. 49, 155 ff.; Glasson a. a. O. S. 234, 238.

[173]) Ähnlich Heusler, Beschränkung der Eigentumsverfolgung S. 17 und Gewere S. 492, der daraus auch mit Recht den exekutorischen Charakter des Spurfolgeverfahrens (oben S. 24 ff.) und den halbexekutorischen des Anefangsverfahrens herleitet.

Verletzten einen Herausgabeanspruch geschaffen und dadurch mittelbar seinem dinglichen Recht, wenn er ein solches hatte, in den fraglichen Fällen trotz mangelnder Publizität Wirksamkeit gegen alle Drittinhaber verliehen. Dass damit in die Rechtssphäre des Dritten eingegriffen wurde, kam wohl zum Bewusstsein. Ich möchte in den hie und da auftretenden Verboten, gestohlene Sachen zu kaufen, — ich weise z. B. auf l. Baiuw. IX 13 und auf die oben (Anm. 166) zitierte Landfriedenseinung von 1256 hin — Versuche erblicken, die Herausgabepflicht des Käufers von seiner Person aus äusserlich zu rechtfertigen, namentlich in bezug auf den Fall seiner Unbekanntschaft mit der Furtivität des gekauften Gegenstandes. Denn von einer sonstigen materiellen Wirkung des Verbots, etwa einer Ungültigkeit des Kaufs, war natürlich keine Rede. Im Gegenteil, der aus dem Kauf entspringende Gewährschaftsanspruch des Käufers gegen seinen Verkäufer stand, wie wir oben S. 39 ff. erörtert haben, als Mittel wirtschaftlichen Ausgleichs für die durch jenen Eingriff dem Dritten widerfahrene Einbusse mit im Vordergrund der Betrachtung. Das, was Huber[174]) in bezug auf den Erwerber einer an fremdem Orte entwendeten Sache zur Rechtfertigung seiner — ja hier aus der Publizität des vitium unmöglich abzuleitenden — Herausgabepflicht anführt, dass „er die Partei war, die einem anderen den Glauben geschenkt hatte, und nicht der Kläger (der Bestohlene)", und dass er deshalb dem letzteren habe weichen müssen, möchte ich von allen redlichen Käufern entwendeter Sachen gelten lassen. Der Hinweis auf den „bei dem Verkäufer gelassenen und bei ihm wieder zu suchenden Glauben" mildert die Härte der vom Standpunkt des in seinem Rechtsfrieden Gekränkten unabweisbaren Herausgabepflicht — eine Art Gegenstück zu dem Satze: „Hand wahre Hand" [175]). Wo aber diese Milderung nicht gilt, der Dritte gerechtfertigterweise, weil er seinen Verkäufer nicht kennt, den Glauben dort, wo er ihn ge-

[174]) Gewere S. 14, vgl. oben S. 18.

[175]) Diesen Gedanken hat in ebenderselben Fassung schon Cosack in Bekker's und Fischer's Beiträgen zur Erläuterung des Entwurfs, Heft 13 S. 49, ausgesprochen und de lege ferenda für seine treffliche Kritik des Lösungsanspruches nutzbar gemacht.

lassen hat, nicht wieder suchen kann, in diesen Fällen (Marktkauf) tritt die Wertung des Rechtsfriedens in dem trotzdem dem Entwerten verliehenen Herausgabeanspruch in das hellste Licht (oben S. 44 f.). Hier ist indessen auch der Punkt, an dem sich, wie wir oben gesehen haben, ein Sondertrieb der Entwickelung als Lösungsanspruch anzusetzen vermochte, in dem Sinne, dass die Wertung des Rechtsfriedens als solche zwar bestehen blieb — der Entwerte muss wieder zu seiner Gewere gelangen! —, dass aber die Ausgleichspflicht für den dadurch verursachten Eingriff in die Rechtssphäre des Käufers von dem unerreichbaren Verkäufer auf den Entwerten selbst übergewälzt wurde. —

Oben (S. 19 f.) wurde die Bedeutung der hier behandelten historischen Frage für die Entwickelung des deutschen Rechtes nach der Rezeption und für das geltende Recht und die Gesetzgebung der Gegenwart berührt. Die vorstehenden Ausführungen dürften hierfür soviel dargetan haben:

Die durch den Beweis redlichen Erwerbs widerlegbare Diebstahls- oder Unredlichkeitspräsumtion, die nach den Nachweisen Wellspacher's der Usus Modernus bei der condictio furtiva wie bei der actio spolii gegen den beklagten Drittinhaber gelten liess, kann nicht mit Wellspacher als die von einer praesumtio iuris et de iure zur blossen praesumtio iuris abgeschwächte, deutschrechtliche, zivilistische Wirkung einer Publizität des vitium furti aufgefasst werden. Sie ist vielmehr in ihrer Umdrehung der Beweislast meines Erachtens nichts weiteres als die äusserste, durch das Vorbild der deutschen Anefangsklage angetriebene, auf dem Boden des römischen Rechts noch zulässige Ausdehnung der condictio furtiva und der actio spolii. Dass die deutschrechtliche Entwickelung auf einen redlichen Eigentumserwerb Dritter an gestohlenen Sachen als Endziel hinweise, ist durchaus unrichtig.

Im Gegenteil, es lässt sich behaupten, dass die im deutschen Recht für eine Verfolgbarkeit der gestohlenen Sachen gegen redliche wie unredliche Dritte wirksam gewesenen Gedanken auch heute noch für eine Rechtsordnung, die auch ihr Fahrnisrecht (nicht bloss ihr Liegenschaftsrecht) auf dem deutschrechtlichen Publizitätsgedanken aufbaut, Bedeutung, wenngleich

vielleicht nicht ausschliessliche — Wertung des Verkehrsschutzgedankens![176]) — beanspruchen dürfen, nämlich: einerseits die energische zivilrechtliche Reaktion gegen Entwerung zugunsten des Entwerten[177]) — andererseits der Gedanke, dass der Dritte eher bei seinem Gewähren Ersatz findet, als der Entwerte beim Missetäter[178]). Eine Entscheidung für oder gegen den Lösungsanspruch aber dürfte nicht an der Frage vorbeigehen, ob überhaupt und bis zu welcher Grenze nach den heutigen Verhältnissen des Warenverkehrs in den Fällen, in denen eine Vindikation praktisch werden kann (Identitätsfeststellung), noch damit zu rechnen ist, dass der Käufer seinen Verkäufer nicht kennt.

---

[176]) der m. E. keinesfalls übertrieben werden darf. Vgl. Ehrenberg Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit in Iherings Jahrb. 47 S. 273 ff.

[177]) Vgl. auch die von Wellspacher S. 685 zitierte Stelle aus Perneder's Institutionen Buch IV Titel 1 (Ausg. 1600 S. 302): „Item das gestolen gut soll seinem rechten Herrn stracks wider werden unnd ob gleich der Dieb dasselbige einem andern verkaufft hett so muss doch der Kauffer und ein jeglicher in dess Gewalt solches gestolen Gut gefunden wird dasselbig dem rechten Herren dem es gestolen worden folgen lassen“.

[178]) Nach Zycha a. a. O. S. 147 ist es ein „Billigkeits-Argument“. Wohl! aber ein tief in der Geschichte der deutschen Fahrnisverfolgung wurzelndes.

Buchdruckerei Maretzke & Märtin, Trebnitz i. Schles.



